

**VARETEKTSFENGSLING SOM TVANGSMIDDEL
STRAFFEPROSESSLOVEN §§ 171 OG 172
HERUNDER BEGREPET**



**RETTSHÅNDHEVELSESARREST OG UTTRYKKET
"ALLMENNHETENS RETTSFØLELSE"**

Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 534
Leveringsfrist: 26.04.2010

Til sammen 14705 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven.....	1
1.2	Problemstilling.....	1
1.3	Aktualitet.....	1
1.4	Avgrensning	1
1.5	Rettskilder og metode.....	1
1.6	Den videre fremstilling av temaet	2
<u>2</u>	<u>FORMÅL OG VILKÅR FOR PÅGRIPELSE OG VARETEKTSFENGSLING</u>	<u>3</u>
2.1	Bakgrunn.....	3
2.2	Formål	4
2.3	Vilkår	6
2.3.1	Legalitetsprinsippet.....	6
2.3.2	Proporsjonalitetsprinsippet i strpl. § 170 a	6
2.3.3	Formelle vilkår	8
2.3.4	Materielle vilkår etter strpl. § 171 og grunnvilkårene i EMK.....	9
2.3.5	Om mistankevilkåret slik det er beskrevet i teori og slik det forstås ut fra rettspraksis.	11
2.3.6	Tilleggsvilkårene i strpl. § 171	15
<u>3</u>	<u>RETTSHÅNDHEVELSE SARREST</u>	<u>22</u>
3.1	Materielle vilkår etter strpl. § 172.....	24
3.2	Straffeprosessloven §172 og forholdet til EMK art.6	29

<u>4</u>	<u>ALLMENNHETENS RETTSFØLELSE</u>	<u>33</u>
4.1	Bakgrunnen for uttrykket.....	33
4.2	Uttrykket ”allmennhetens rettsfølelse” anvendt i rettspraksis	37
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>50</u>
5.1	Litteratur	50
5.2	Artikler	51
5.3	Forarbeider	52
5.4	Lovregister	52
5.5	Rettspraksis.....	53
5.6	Rundskriv	54

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Oppgavens tema er varetektsfengsling, herunder pågrepelse, begrepet rettshåndhevelsesarrest og uttrykket ”allmennhetens rettsfølelse”.

1.2 Problemstilling

Hvorledes varetektsfengsling som tvangsmiddel er regulert i norsk lov og EMK, herunder hvordan ”Allmennhetens rettsfølelse” vektlegges gjennom rettspraksis.

1.3 Aktualitet

Det vises til mediadekning av unnlatt varetektsfengsling der opinionen synes siktede burde være bak lås og slå. Media informerer om stadig økende kriminalitet og ”folk flest” synes nok ofte at kriminelle slipper for lett unna med sine lovbrudd.

1.4 Avgrensning

Norge har ved flere anledninger mottatt kritikk fra både FN’s torturkommisjon og Europarådets torturovervåkningkomite (CTP) når det gjelder fengselsforhold som isolasjon av varetektsfanger.

Dette er ikke tema for denne oppgaven og blir følgelig ikke behandlet.

1.5 Rettskilder og metode

Utgangspunktet er Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker, Straffeprosessloven heretter forkortet strpl. Internasjonale konvensjoner som EMK og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, forkortet SP. Andre viktige rettskildefaktorer er lovens forarbeider, høringsuttalelser fra komiteer, juridisk litteratur og rettspraksis.

Problemstillingen i oppgaven søkes løst og belyst ved hjelp av de nevnte rettskildefaktorer med vekt på analyse av kjennelser.

Oversikt over benyttet litteratur og kjennelser finnes i egne registre bakerst i oppgaven.

1.6 Den videre fremstilling av temaet

For å komme til problemstillingen i pkt. 1.2, vil jeg ta for meg formål og vilkår for varetektsfengsling med rettslig grunnlag i strpl. §§ 170a, 171 og 172. Jeg vil også drøfte varetektsfengsling opp mot legalitetsprinsippet og forholdet til EMK.

Fengslingsvilkårene etter strpl. § 172 vil bli behandlet under pkt. 3.1 i oppgaven. Dette for å få en samlet fremstilling i tilknytning til begrepet ”Rettshåndhevelsesarrest” i pkt.3.

Jeg har også tatt med et eget pkt. (3.2) om hvorledes varetektsfengsling etter strpl. § 172 forholder seg til EMK art. 6. Dette fordi avgjørelser i EMD førte til endringer i kravet til dommeres upartiskhet i norsk straffeprosess.

I pkt. 4.2 vises det til hvordan uttrykket ”Allmennhetens rettsfølelse” fremkommer i rettspraksis både før og etter lovendringen i 2003.

Jeg har med hensikt valgt å beskrive teori med henvisning til rettspraksis fortløpende.

2 Formål og vilkår for pågrepelse og varetektsfengsling

2.1 Bakgrunn

Ved utarbeidelse av nåværende straffeprosesslov av 1981 ble det nedsatt et eget utvalg til å vurdere varetektsfengsling i Norge, heretter nevnt som Varetektsutvalget.¹

Varetektssituasjonen hadde her i landet lenge vært under press både på grunn av et endret rettskildetilstand relatert til internasjonale konvensjoner som EMK og FN (SP), og fordi praksis med hensyn til varetektsfengsling hadde fått mye kritikk.

Kritikken dreide seg om det faktum at det fant sted en altfor utstrakt bruk av varetektsfengsel, det ble hevdet at fengsling var regelen i stedet for at det burde være unntaket.

Særlig ved større forhørsretter (tidligere betegnelse) som i Oslo, mente man at fengslingsadgangen ble for utstrakt.

Kritikken gjaldt både saksbehandlingen og antall fengslinger. En var også bekymret for det store antall unge lovbyggere som ble pågrepet og fengslet, samt at fengslingsperiodene ofte ble for lange selv for mindre lovbrudd.

Det ble også konstatert at selve saksbehandlingen kunne være av temmelig summarisk karakter. Dette gjaldt da i særlig grad det som skjedde i Oslo. Her fant man at det ble brukt ferdig stemplede skjemaer som både påtalemyndighet og forhørsrett kunne fylle ut. Varetektsutvalgets mandat var å undersøke de fleste sider ved pågrepelse og varetektsfengsling, herunder om varetektsfengsling ble brukt i for stor utstrekning og i tilfelle hvilke endringer som måtte til.

¹ NOU 1980 : 28

Særlig skulle spørsmål vedrørende strafferammer for de enkelte lovbrudd vurderes opp mot tilsvarende behov for varetektsfengsel. Om det skulle innføres frister for varetekts lengde og bedring av saksbehandlingsreglene og innføring av begrunnelse for fengslingen.

Det skulle også undersøkes hvilke endringer som burde innføres hos henholdsvis påtalemyndighet, politi og også forsvareres befatning med varetektsfengslingen². Etter nåværende straffeprosesslovs ikrafttreden er det foretatt flere endringer i loven i takt med rettsutviklingen og rettspraksis for øvrig.

2.2 Formål

Tvangsmidler i form av pågrepelse og varetektsfengsling er noe av det viktigste politi og påtalemyndighet har til rådighet for å drive kriminalitetsbekjempelse, herunder etterforske straffbare forhold.

Frihetsberøvelse i form av pågrepelse og varetektsfengsling er et svært alvorlig inngrep overfor den det gjelder. Det er derfor viktig å understreke at disse ikke er regnet som straff, de er midler og ikke mål.

Straff foreligger først når endelig dom er avsagt.

Det er gjeldende rett at varetektsfengsling ikke bryter med legalitetsprinsippet i GrL. § 96 jfr. § 99 som gir adgang til frihetsberøvelse for etterforskningsformål.

Ulike formål med varetektsfengsling kan være å hindre bevisforspillelse, hindre ytterligere lovbrudd, eliminere fluktfare med videre. Slike formål vil være sammenfallende med de materielle vilkårene som er oppstilt i strpl. § 171. Disse vil være av åpen karakter og blir nærmere behandlet under pkt. 2.3 Vilkår.

Varetektsfengsling kan også ha skjulte eller ikke-anerkjente formål.³

Blant de siste finner en særlige etterforskningsformål og ulike straffe- eller gjengjeldelsesformål.

² NOU 1980 : 28 s. 7

³ Bratholm, Anders. Pågrepelse og varetektsfengsel. Oslo : 1957 s.142 flg.

Temaet gjengjeldelse og også motiv for hevn vil bli behandlet i tilknytning til drøftelsen av begrepet ”rettshåndhevelsesarrest”, se pkt.3 side 22 i oppgaven.

Gjengjeldelsesformål i sin alminnelighet var nok mer utbredt i tidligere tider da kontrollen med forsvarligheten av det rettslige grunnlag for varetekt ikke var så god som i de senere år, jfr. gjeldende straffeprosesslov og forholdet til EMK som også er gjeldende norsk lov. Eksempel på bruk av varetekt i etterforskningsformål var å la den fengslede sitte for ”å myke ham opp” for deretter å kunne komme med en tilståelse og slik lette etterforskningen for påtalemyndigheten. Dette kalles også ”tilståelsesarrest” og er i andre rettskulturer enn vår norske fortsatt et benyttet rettsmiddel.

Varetektsfengsling for slike ”effektivitetsformål” vil en ikke kunne få gjennomslag for i vårt norske rettsvesen i dag.

Ulike straffeformål er utelukket da varetektsfengsel pr. definisjon ikke er straff (se ovenfor). Likevel kan en nok si at det foreligger et visst element av gjengjeldelsesformål i vår straffeprosess i og med at begrepet ”rettshåndhevelsesarrest” fortsatt består, (se pkt.3 side 22 i oppgaven).

2.3 Vilkår

2.3.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er i norsk rett ikke lovfestet, men følger av konstitusjonell sedvanerett. Legalitetsprinsippet innebærer at landets myndigheter må ha lovhjemmel for å iverksette tyngende inngrep overfor innbyggerne.

Det er alle individers rett i Norge til ikke å bli utsatt for vilkårlighet med hensyn til frihetsberøvelse og straff.

For den frihetsberøvelse som er straff, kreves dom, men ikke all frihetsberøvelse er straff.

Grunnlovens § 99 åpner for fengsling der det er lovhjemmel for det jfr. strpl. Kap 14.

Dette er også i samsvar med EMK art. 5, 1.c.

Bestemmelsen i EMK art. 5 gir et konvensjonsrettslig legalitetsvern.

Straffeprosessloven av 22.mai 1981 nr.25 og EMK søker gjennom sine vilkår å sikre at forsvarligheten ved bruk av tvangsmidler som pågrepelse og varetektsfengsling blir ivaretatt på best mulig måte slik at rettssikkerheten til den anholdte blir opprettholdt.

2.3.2 Proporsjonalitetsprinsippet i strpl. § 170 a

Hovedvilkåret for bruk av tvangsmidler står i strpl. § 170 a. Det går ut på at tvangsmidler bare må brukes når det ikke er et uforholdsmessig inngrep. Det tvangsmessige inngrep må være proporsjonalt med det en ønsker å oppnå.

Denne bestemmelsen kom inn som et eget kapittel 13 straffeprosessloven ved et tillegg ved lov 3. des. 1999.

Tidligere straffeprosesslov av 1887 hadde nedfelt dette kravet i sin § 228, 2.ledd.

I någjeldende straffeprosesslov var dette ikke uttrykt eksplisitt ved dens ikrafttreden, men kom inn som en presisering ved ny § 170a.

Begrunnelsen for denne tilføyelsen, som ikke innebar noen ny forståelse av loven, var heretter påtalemyndighetens mulighet for bruk av andre tvangsmidler som skjult

fjernsynsovervåkning, avlytting, besøksforbud med flere, (lovens kapitler 15a, 15b, 16a, 16b, 17a og 17b.)

Tidligere gjaldt forholdsmessighetsprinsippet i bare for pågrepelse og fengsling i kapittel 14, men skulle nå også gjelde ved bruk av andre tvangsmidler.

Realiteten i forholdsmessighetsprinsippet brukt på alle tvangsmidler tolkes slik at dersom en kan oppnå ønsket mål med mindre strenge tiltak skal en gripe til disse først.

Dette fører til at det tross alt er de færreste pågripelser som resulterer i varetektsfengsling.

Hjemmel for fengslingssurrogater er strpl. § 181, 1.ledd jfr. § 188, 1.ledd.

Kan en oppnå kontroll med mistenkte ved for eksempel å kreve meldeplikt skal en velge dette framfor fengsling. Fengsling skal eller må ikke være førstevalget.

Straffeprosessloven av 1887 hadde også en bestemmelse som skulle ivareta forholdsmessigheten ved bruk av tvangsmidler. I den gamle lovs § 228, 2. ledd heter det at ”pågriping foretas ikke hvis det i betraktning av sakens art og omstendighetene forøvrig ville være et uforholdsmessig inngrep”.

To avgjørelser fra Høyesterett illustrerer utviklingen i synet på forholdsmessighetsbegrepet.⁴

I kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg referert i Rt. 1964 s. 1420 blir det ikke ansett som feil ved saksbehandlingen at retten ikke hadde drøftet hvorvidt forlenget varetekt var et uforholdsmessig inngrep.

Fjorten år senere kom Høyesterett til motsatt resultat, Rt. 1978 s.880. Da ble lagmannsrettens kjennelse om fortsatt varetektsfengsling opphevet av Kjæremålsutvalget fordi lagmannsretten ikke på selvstendig grunnlag hadde vurdert tiltaltes anførsel om at fortsatt varetekt ville være et ”uforholdsmessig inngrep”.

Særlig blir forholdsmessigheten målt opp mot grovheten i lovbruddet, varigheten av fengslingen og hvor lang tid det tar før saken berammes. Siktedes familieforhold vil også kunne være av betydning.

⁴ Andorsen, Kjell. Lov og rett 1984 s. 79

Vurderinger av forholdsmessighetskarakter er gjeldende for alle stadier i en varetektsperiode og all bruk av tvangsmidler. Det er av betydning å se proporsjonalitetsprinsippet i strpl. § 170 a, sammenholdt med det samme i strpl. § 186 siste ledd, siste pkt. Dette fordi siktede under en varetektsperiode gjerne vil være underlagt flere restriksjoner eller utvidende tvangsmidler. Strpl. § 186, 2. ledd har regler om brev og besøksforbud. Dersom påtalemyndigheten krever at mistenkte skal underlegges slike restriksjoner blir dette avgjort av retten ved kjennelse. Strpl. § 186, 3. ledd gir anvisning på at det skal gå fram av kjennelsen at restriksjonene ”ikke er et uforholdsmessig inngrep”.

Tidsaspektet er av stor betydning ved den rettslige vurderingen av forlenget varetekt. (Dette vil bli nærmere behandlet under pkt. 3.1 i oppgaven.)

Har varigheten av fengslingsperioden blitt så lang at den nærmer seg lengden av forventet soning, vil ikke påtalemyndigheten få medhold i krav om forlenget fengsling, dette var tilfelle i kjennelsen i Rt. 2009 s. 829. Her var varigheten av fengslingen oversett etter 8-ukersfristen i strpl. § 275, 2. ledd litra b. Kjennelsesgrunnene var ikke godt nok begrunnet for å forlenge varetekten og Høyesterett godtok ikke forlenget varetekt og la til grunn manglende forholdsmessighetsvurdering etter strpl. § 170 a.

2.3.3 Formelle vilkår

De formelle vilkårene for pågrepelse og varetektsfengsling er grunnlagt i forhold som har med kompetanse og fremgangsmåte å gjøre.

Ved tidligere straffeprosesslov av 1887 skulle det foreligge en rettslig beslutning før pågrepelse. Dette viste seg i praksis å være svært uhensiktsmessig. Det var tungvint å måtte forelegge enhver pågrepelse for retten.

I den någjeldende straffeprosesslov er dette endret slik at kompetansen er tillagt påtalemyndigheten ved politijurister. Disse treffer beslutning om pågrepelse.

Beslutning om pågrepelse utferdiges av politijurist, og pågrepelse foretas av polititjenestemann. Politiet kan av eget tiltak pågrepe en person som er mistenkt for et straffbart forhold og plassere vedkommende i politiarrest. Status som mistenkt inntreffer når politiet igangsetter etterforskning.

Etter strpl. § 183 skal påtalemyndigheten snarest mulig, og senest etter tre dager fremstille mistenkte for tingretten med begjæring om varetektsfengsling. Blir begjæringen ikke tatt til følge fører dette til løslatelse.

Får påtalemyndigheten medhold i sitt krav om varetektsfengsling, får mistenkte etter dette stilling som siktet. Det er kun tjenestemenn i politiet som tilhører påtalemyndigheten, dvs. politijurister som kan erklære siktelse, og således gi mistenkte status som siktet etter strpl. § 82, noe som gir ham⁵ flere rettigheter enn han hadde som mistenkt. De rettigheter han hadde som mistenkt beholdes, jfr. strpl. § 242 om adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter (med visse begrensninger etter strpl. § 242a).

På et hvert trinn i en sak har en rett til å la seg bistå av forsvarer jfr. strpl. § 94 og påtaleinstruksen § 8-1.

”Etter strpl. § 98, jfr. § 100, har siktede som hovedregel krav på forsvarer på det offentliges bekostning ved behandling av fengslingsspørsmålet, se § 98 første ledd første pkt.”⁶

2.3.4 Materielle vilkår etter strpl. § 171 og grunnvilkårene i EMK

EMK ble gjort til norsk lov ved inkorporasjon i 1999 ved Lov om menneskerettigheter av 30. mai jfr. Grunnlovens § 110 c.

Perioden før menneskerettighetsloven ble vedtatt bød på mange og sterke utfordringer for norsk rettsvesen i møte med EMK.

Når det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettighetskonvensjon skal forstås, må norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen.

Også før EMK ble gjort til norsk lov var det en økning i rettsavgjørelser som i større grad tok hensyn til EMK og EMD's avgjørelser. Norske domstoler ønsket ikke å komme i situasjoner der en foretok avgjørelser som var i strid med menneskerettighetene slik de ble tolket av EMD. Etter at EMK er gjort til norsk lov er tolkningsproblemer som oppsto ved en

⁵ Maskulinum er valgt i hele oppgaven

⁶ Bjerke, Hans Kristian. Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler. Oslo : 1986. s.32

evt. motstrid avklart, jfr. menneskerettsloven⁷ § 3 som sier at ved motstrid skal bestemmelser i konvensjoner og protokoller i lovens § 2 gå foran bestemmelser i annen lovgivning.

Ved tolkningen av EMK skal de benytte samme metode som EMD, med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen.⁸

EMK art. 5 fastslår at enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet, samtidig som det åpnes for frihetsberøvelse der dette er bestemt i lov.

FN – konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, kalt SP, har bestemmelser av samme innhold. SP er en konvensjon tiltrådt av Norge.

For pågrepelse og varetektsfengsling er det EMK art. 5 nr. 1 c som får betydning. Etter denne bestemmelsen er det adgang til frihetsberøvelse for etterforskningsformål av et straffbart forhold, men ikke for å forebygge kriminalitet. Art.5 nr. 1 c samsvarer i stor grad med strpl. § 171. Der er imidlertid forskjeller. Etter strpl. § 171 må både de generelle vilkårene (skjellig grunn til mistanke og minstestraft på 6.mndr.) og minst ett av de spesielle vilkårene foreligge. Etter EMK er det nok at det foreligger rimelig mistanke om straffbar handling eller ett av de andre alternativene som: å hindre at det blir begått en straffbar handling eller fare for flukt etter å ha begått den.

Norsk rett stiller strengere krav enn EMK her. Men EMD vil kunne komme til å konstatere krenkelse hvis ikke alle nasjonale vilkår foreligger.⁹ Hvilke forhold som gir grunnlag for frihetsberøvelse vil avhenge av det enkelte lands egne lover.

Ved beslutning om bruk av tvangsmidler i straffeprosessuell forstand er forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 170 a den ene av to elementer som må være tilstede.

⁷ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. 21 mai. Nr. 30. 1999

⁸ Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo : 2002 s.185

⁹ Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo : 2002 s.250

Lovskravet i §§ 171,172 og 173 er det andre elementet.

Når det gjelder forholdsmessighetskravet har ikke EMK en egen regel om dette, men det antas at art. 5 nr. 3 første pkt. annet alternativ som inneholder et rimelighetskrav som riktignok etter ordlyden bare gjelder varetektstidens lengde, men er etter EMD's praksis også av betydning for selve adgangen til å fengsle.¹⁰

For å kunne pågripe og varetektsfengsle må alle generelle vilkår i strpl. § 171 jfr.

§ 184,2. ledd være oppfylt, i tillegg må minst ett av de spesielle vilkårene i § 171 pkt. 1 – 4 være tilstede.

Lovens generelle vilkår, eller grunnvilkår som de også kalles i teorien, er at det må foreligge ”skjellig grunn til mistanke” om en straffbar handling og at denne kan føre til straff i mer enn 6 måneder.

Det kreves ikke at den ventede straff ved domfellelse skal medføre fengsel i mer enn 6 måneder, det er nok at den kan det.

2.3.5 Om mistankevilkåret slik det er beskrevet i teori og slik det forstås ut fra rettspraksis.

Uttrykket skjellig grunn til mistanke skriver seg fra tidligere straffeprosesslov av 1887 § 228. ”Skjellig grunn” var i utgangspunktet ikke tatt med i utkastet til nåværende straffeprosesslov. Fra flere hold ble det hevdet at uttrykket var noe gammelmodig, og at en kunne sløyfe ordet ”skjellig” og at bestemmelsen likevel fikk samme innhold ved å bruke ordet ”grunn” alene.

I NOU 1980:28 uttaler Varetektsutvalget at kravet om ”skjellig grunn” innebærer ”at mistanken skal være konkret begrunnet for at siktede kan pågripes eller fengsles” og uttaler seg ikke om sannsynlighet for at lovbruddet er begått, bare at det finnes et faktisk grunnlag.

¹⁰ Jebens, Sverre Erik. Menneskerettigheter i straffeprosessen. Oslo : 2004 s.128

En fant en at ordet ”skjellig” var så godt innarbeidet at det likevel ble videreført i den nye loven.

Ordet ”skjellig” utdyper det etterfølgende ordet ”grunn” (her i betydning grunnlag) og påpeker dermed at det skal mer til enn en vanlig grunn. Det gir uttrykk for noe mer, sterkere og klarere, ”en rimelig grunn” hadde også vært dekkende.

Når det gjelder mistanke må det før det iverksettes slike tyngende tvangsmidler som pågripelse og fengsling for det første foreligge faktiske omstendigheter, opplysninger eller andre bevis som peker hen til den person som skal utsettes for tvangsmiddelet.

For det andre må det ut fra disse grunnlag være mulig å konstatere at det er sannsynlig at personen har begått den straffbare handlingen.

I litteraturen fremstilles kravet til mistanke på forskjellig måte.

Hans Kristian Bjerke¹¹ krever at det må objektive holdepunkter av en viss vekt til, og mener at det må foreligge sannsynlighetsovervekt, mer enn 50 % sannsynlighet for at mistenkte er skyld i lovbruddet. Andre igjen som Anders Bratholm¹² mener at 50 % sannsynlighet er dekkende.

En sentral rettsavgjørelse på området er Rt. 1993 s. 1302.

Saken gjaldt varetektsfengsling etter strpl. § 171, 1.ledd, nr. 2 av flere personer som var siktet for voldtekt etter strl. § 192. Forhørsretten godtok ikke begjæring om fengsling, hvorpå påtalemyndigheten påkjærte kjennelsen til lagmannsretten som avsa kjennelse under dissens, der to av de siktede ble underlagt varetektsfengsel. Kjennelsen ble så påkjært til Høyesterett av de to siktede. Begge gjorde gjeldende at det i lagmannsrettens premisser var stilt for små krav til at mistankevilkåret var oppfylt, (eller bedre: at kravene til mistankevilkårene var for små til at de kunne ansees oppfylt). I de siktetes kjæremål var det videre lagt til grunn at lagmannsretten hadde bygget sin drøftelse i for stor grad på fornærmedes forklaring, og derved kom til at hun ved verbalt å ha satt seg til motverge

¹¹ Bjerke, Hans Kristian. Fengsling. Oslo : 1981 s. 107

¹² Bratholm, Anders. Pågripelse og varetektsfengsel. Oslo : 1957 s. 170

således hadde styrket kravet om mistanke om straffbar handling fra de siktedes side. Lagmannsrettens begrunnelse for å fastslå om det forelå skjellig grunn til mistanke ble ansett å være utilstrekkelig. Det er videre vist til strafferettslige spørsmål i kjennelsen som ikke skal gjennomgås nærmere her. Den ene av de siktede fikk opphevet kjennelsen om varetektsfengsling. Kjæremålet fra den andre ble forkastet.

Høyesteretts kjennelse forstår her kravet om ”skjellig grunn til mistanke” som et krav om sannsynlighetsovervekt og uttaler: ”at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handlingen saken gjelder, enn at han ikke har det”. Det kreves altså en sannsynlighetsovervekt for at siktede må ha utvist skyld, men ikke kvalifisert sannsynlighetsovervekt som ved fengsling etter strpl. § 172. En vil da nærme seg full skyldkonstatering med de problemene det reiser og slik kunne komme i strid med uskyldpresumpsjonen i EMK art. 6 nr. 2, se videre under pkt. 3.2 i oppgaven.

En annen tolkingsvariant av mistankevilkåret finnes i kjennelse gjengitt i Rt.2001 s.977. Saken gjaldt forlengelse av varetekt etter strpl. § 171, 1.ledd nr. 1 og siktelsen gjaldt overtredelse av strl. § 233. Fengslingen ble forlenget i ved forhørsrettens kjennelse og siktede påkjærte til lagmannsretten som forkastet kjæremålet. Siktede påkjærte kjennelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg med den begrunnelse at kravet om ”skjellig grunn til mistanke” skulle innebære at den tvil som måtte foreligge om det var begått et drap og om det i så fall var siktede som hadde begått det skulle vurderes samlet; tvilen måtte kumuleres, (forstås slik at resultatet av ”tvilsvurderingen” etterlot mest mulig tvil til gode for siktede). Siktede mente at verken forhørsretten eller lagmannsretten hadde vurdert eller tatt tilstrekkelig hensyn til dette til tross for at spørsmålet var fremhevet som sentralt fra forsvarerens side. Siktede hevdet videre at det ikke fremgikk av kjennelsesgrunnene hvorvidt retten hadde bygget på en korrekt lovforståelse når det gjaldt kravet til ”skjellig grunn”.

Høyesterett forkastet kjæremålet med den begrunnelse at kravet om ”skjellig grunn til mistanke” var oppfylt etter en samlet vurdering.

Her kunne vel rettshåndhevelsesshensyn også gjort seg gjeldende. Saken hadde vært mye omtalt i media og det ville sikkert skapt reaksjoner dersom siktede hadde blitt løslatt i

påvente av at saken kom opp. Men det var ikke fra påtalemyndighetens side lagt til grunn fengsling etter strpl. § 172 og det var sikkert med rette da de da måtte ha vist til forhold som særlig styrket mistanken.

Avslutningsvis i tilknytning til mistankevilkåret vises det til kjennelse gjengitt i Rt.2002 s.634.

Kjennelsen er tatt med nærmest for å vise hvor galt det kan bære av sted.

Saken gjaldt grov narkotikaforbrytelse etter strl. § 162, 1.ledd jfr. 5.ledd og legemiddeloven¹³ § 31, 2. og 4.ledd, jfr. § 24, 1.ledd. Siktede ble varetektsfengslet ved kjennelse i forhørsretten og påkjærte denne så til lagmannsretten som forkastet kjæremålet. Siktede påkjærte så lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett med krav om løslatelse og gjorde gjeldende at lagmannsretten hadde begått saksbehandlingsfeil ved at retten ikke hadde foretatt en selvstendig vurdering av om det forelå ”skjellig grunn til mistanke” etter strpl. § 171. Siktedes kjæremål over lagmannsrettens kjennelse gjaldt nettopp at det ikke forelå ”skjellig grunn til mistanke”.

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte: ”I lagmannsrettens kjennelsesgrunner heter det at retten er ”enig med forhørsretten i at det foreligger fengslingsgrunnlag i henhold til straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3, og kan i det alt vesentlige tiltre forhørsrettens begrunnelse”. Deretter gir retten en nærmere begrunnelse for gjentakelsesfaren. I kjæremålet til lagmannsretten hadde imidlertid siktede anført at det ikke forelå skjellig grunn til mistanke og gjort detaljert rede for sitt syn på spørsmålet. Siktede hadde derimot ikke gjort gjeldende at vilkåret om gjentakelsesfare ikke var oppfylt. Utvalget finner det vanskelig å forstå hvorfor lagmannsretten begrenset sin drøftelse til å gjelde gjentakelsesfare når kjæremålet først og fremst nødvendiggjorde en vurdering av spørsmålet om skjellig grunn til mistanke. Riktignok har retten en henvisning til forhørsrettens begrunnelse, men også henvisningen kommer i tilknytning til straffeprosesslovens bestemmelse om gjentakelsesfare.”

¹³ Lov om legemidler m.v. av 04.12.1992 nr.132

Kjæremålsutvalget fant etter dette at kjennelsesgrunnene reiste tvil om lagmannsretten hadde foretatt en forsvarlig vurdering av om det forelå skjellig grunn til mistanke. Lagmannsrettens kjennelse ble opphevet.

2.3.6 Tilleggsvilkårene i strpl. § 171

De spesielle fengslingsvilkårene, eller tilleggsvilkårene er listet opp i strpl. § 171, 1.ledd. pkt. 1-4. Disse kommer i tillegg til de generelle vilkårene.

Som regel vi påtalemyndigheten påberope mer enn ett spesielt vilkår i en fengslingsbegjæring.

De spesielle fengslingsvilkårene er:

Nr. 1 Fluktfare

Nr. 2 Fare for bevisforspillelse

Nr. 3 Fare for at siktede skal begå nye straffbare handlinger

Nr. 4 Når siktede selv begjærer fengsling

Ad nr. 1, fluktfare. Dette er et svært praktisk vilkår. I mange tilfeller vil en mistenkt søke å unndra seg videre forfølgning ved å komme seg vekk og å holde seg skjult for politiet. For at påtalemyndigheten skal få medhold i varetektsfengsling på dette grunnlag kreves en viss¹⁴ grad av sannsynlighet, men ikke sannsynlighetsovervekt som ved mistankekravet ”skjellig grunn” § 171, 1.ledd. At mistenkte kan være vanskelig å få tak fordi han f.eks. mangler fast bopel, er ikke fengslingsgrunn i seg selv, heller ikke den muligheten at han

¹⁴ Bjerke, Hans Kristian. Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler : Oslo 1986. s. 16

reiser bort i forretningsmessig eller familiær hensikt. Det avgjørende er om det foreligger objektive og konkrete holdepunkter for at unndragelse er sannsynlig¹⁵.

I kjennelse gjengitt i Rt. 1998 s.1292 ble lagmannsrettens fengslingskjennelse opphevet da det ikke forelå tilstrekkelig unndragelsesfare etter strpl. § 171, 1.ledd nr. 1.

Saken gjaldt en dansk statsborger bosatt i Danmark som var dømt for grov narkotikaforbrytelse etter strl. § 162. Etter domfellelsen innga han fullstendig anke og ble av Kristiansand forhørsretts kjennelse fortsatt varetektsfengslet. Siktete påkjærte kjennelsen til lagmannsretten som forkastet kjæremålet. Siktete påkjærte til Høyesterett som uttalte at det må stilles forholdsvis strenge krav til begrunnelse i kjennelser som gjelder varetektsfengsling fordi det gjelder et tvangsmiddel av inngripende karakter. Lagmannsretten hadde støttet seg på forhørsrettens begrunnelse for fortsatt fengsling med hjemmel i strpl. § 171, 1.ledd nr.1 med vekt på kun to momenter. Disse var at siktete bodde i Danmark og at han var dømt til flere års fengsel.

Høyesteretts kjæremålsutvalg mente begrunnelsen var for snau, den burde hatt med momenter om siktedes sosiale situasjon, som familieforhold, boligforhold og lignende. På dette grunnlag ble kjennelsen opphevet.

I Rt. 1999 s.698 ble resultatet motsatt. Sakene har flere likhetspunkter, i det begge tilfeller gjaldt en dansk statsborger bosatt i Danmark som var tiltalt etter strl. § 162, grov narkotikaforbrytelse. Forskjellen i disse kjennelsene var blant annet at i den første var det falt dom i saken, i denne sistnevnte var saken bare berammet. Det var fare for unndragelse i form av unnlatt frammøte til hovedforhandling som var utslagsgivende. Hensett til at det forelå utleveringsavtale de nordiske landene imellom, var det i seg selv ikke nok til å anse at det ikke forelå unndragelsesfare. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at hvis det var sannsynlig at siktete kom til å reise utenlands, og ikke ville møte til hovedforhandling, så var kravene til unndragelsesfare oppfylt. Det ble også uttalt at det etter strpl. § 171, 1.ledd nr. 1 ikke er krav om at det skal foreligge varig unndragelsesfare, en kortvarig er nok.

¹⁵ Fredriksen, Steinar. Innføring i straffeprosess : Oslo 2009. s. 164

Kjennelse fra Høyesterett, gjengitt i Rt. 2004 s.88, gjaldt også siktelse etter strl. § 162, grov narkotikaforbrytelse. Det gjaldt også her varetektsfengsling etter strpl. § 171, 1.ledd nr. 1. Lagmannsrettens kjennelse ble opphevet fordi begrunnelsen for videre fengsling ikke var tilstrekkelig for å kunne fastslå om det var foretatt en fullstendig og forsvarlig vurdering. Kjæremålsutvalget bemerket at lagmannsretten ved å bygge avgjørelsen på strpl. § 171 1.ledd. nr. 1 ikke hadde begrunnet dette på annen måte enn å uttale at man var ”enig med påtalemyndigheten at det fortsatt foreligger en viss unndragelsesfare... hensett til siktedes tilknytning til utlandet”. Det ble videre bemerket fra kjæremålsutvalgets side at ”Ved fengsling etter straffeprosessloven § 171 nr.1 må det kreves at kjennelsesgrunnene viser til konkrete holdepunkter for unndragelsesfaren. Hvor strenge krav som kan stilles til begrunnelsen, må bero på forholdene i den enkelte sak.”

Til sist ad strpl.§ 171 1.ledd, nr. 1 tas med en kjennelse som er litt spesiell. Rt. 2002 s.1016 gjelder den situasjonen at det er fare for at mistenkte skal begå selvmord. Kjæremålsutvalget fastslår at strpl. § 171, 1.ledd, nr. skal forstås slik at unndragelse ved selvmord også er omfattet ”og viser til viktigheten av oppklaring og iretteføring av straffesaker både for de andre som berøres av den straffbare handlingen og for offentligheten. Objektive momenter må foreligge for å fastslå at det er grunn til å frykte unndragelse ved selvmord. Sannsynlighetsovervekt slik som når lovkravet er ”skjellig grunn” kreves ikke. ”

Siktede fikk ikke medhold i opphevelse av lagmannsrettens kjennelse og fengslingskjennelsen fra tingretten ble opprettholdt.

Det er naturlig å behandle § 173 i denne sammenhengen, da likheten er stor mellom § 171, 1.ledd nr. 1 og § 173, 2.ledd.

Strpl.§ 173, 1.ledd omhandler bare pågrepelse og kan ikke være rettslig grunnlag for varetekstfengsling. Men det utelukker jo ikke at den som pågripes etter § 173. 1.ledd kan fengsles på et annet grunnlag. Det må da i slike tilfeller fremsettes eksplisitt.

At en anvender strpl. § 173, 2.ledd jfr. § 184, 2.ledd forekommer, men er ikke ofte benyttet da en ofte oppnår det samme ved bruk av § 171, 1.ledd nr. 1.

Det kan i noen tilfeller være hensiktsmessig å benytte § 173, 2.ledd da en her ikke er avhengig av å se til strafferammen for lovbruddet.

Ad. nr. 2. § 171, 1.ledd som gjelder fare for bevisforspillelse, eller kollusjonsfare som det også kalles. Med bevisforspillelse menes det i loven slike ting som å fjerne spor, eller påvirke vitner. Vilkåret er at det må foreligge en nærliggende fare for at mistenkte vil forspille bevis, og at muligheten vil bli benyttet. Faren må være konkret og reell, og det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at mistenkte vil benytte sjansen hvis han ikke blir varetektsfengslet, (se Rt.2001 s.280 nedenfor denne side i oppgaven).

I Rt.1997 s.1902 er gjengitt en kjennelse fra Høyesterett som gjaldt fortsatt varetektsfengsling etter strpl. § 171, 1.ledd nr.2, bevisforspillelsesfare. Saken gjaldt grov natkotikaforbrytelse.

Varetektsfengslede var siktet etter strl. § 162, 1.ledd og 2.ledd jfr. 5.ledd, § 317, 1.ledd, § 272 1. og 3.ledd, alkoholloven § 10-1 1.straffalternativ jfr. § 3-1 1.ledd og § 10-1 1.straffalternativ jfr. § 8-2.

Forhørsretten etterkom ikke fortsatt fengsling og påtalemyndigheten påkjærte kjennelsen til lagmannsretten som under dissens godtok fortsatt fengsling. Siktede påkjærte så til Høyesterett. Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet lagmannsrettens kjennelse og uttalte at vilkåret om ”nærliggende” fare for bevisforspillelse ikke var presisert. Det var ikke nok å vektlegge at den mistenkte hadde mulighet for å forspille bevis, det måtte også være en nærliggende fare for at muligheten ville bli benyttet. I denne saken var det flere personer involvert. Høyesterett la også vekt på at lagmannsretten burde ha redegjort nærmere for hvorfor det forelå fare for påvirkning av vitner som da ikke var trukket inn i saken.

I Rt. 2001 s. 280 gjaldt saken også varetektsfengsling etter strpl. § 171, 1.ledd. nr 2. Siktelsen gjaldt medvirkning til drap, og siktede ble løslatt etter en varetektsperiode på 14 dager. Løslatelsen ble påkjært til lagmannsretten som ved kjennelse under dissens godtok

fornyet fengsling med brev og besøksforbud i nye 14 dager. Lagmannsretten hadde i sin kjennelse lagt til grunn at det forelå fare for unndragelse av vitneplikt.

Siktede påkjærte kjennelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg som fant at kjennelsen måtte oppheves på grunn av mangelfulle avgjørelsesgrunner. Det ble påpekt at faren for bevisforspillelse måtte være konkret og reell. Kjæremålsutvalget vektla at det etter strpl. § 171, 1.ledd nr. 2 er et vilkår for varetektsfengsling at ”det er nærliggende fare for at” siktede ellers ” vil forspille bevis i saken, for eksempel ved å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige”. I lagmannsrettens kjennelse fremgikk det at relatert til de andre impliserte i saken var viktig at siktede kunne innhentes til tilleggsforklaring dersom det var strid mellom siktedes og de andres forklaringer. Det ble videre uttalt at det var en nærliggende og konkret fare for at det ved bruk av fengslingssurrogater ville siktede ikke være tilgjengelig for en slik tilleggsforklaring. Det ble også uttalt fra lagmannsretten at siktede var et sentralt vitne til selve drapsscenen. Kjæremålsutvalget sa at disse uttalelsene var et uttrykk for feilaktig tolking av strpl. § 171, 1.ledd nr. 2, og uttalte videre at fare for unndragelse av vitneplikt som lagmannsretten talte om , ikke var fengslingsgrunn etter bestemmelsen. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at siktede kunne komme til å gi opplysninger til medsiktede om innholdet i forklaringer til en tredje medsiktet.

Det går en hårfin grense mellom fengsling av mistenkte og dennes medskyldige av fare for eksempel samkjørte forklaringer, og det problem at en kan stå i fare for å fengsle vitner.

I NOU 1980 : 28 s. 47-48 diskuterte Varetektsutvalget om det skulle være adgang til å varetektsfengsle mulig medskyldige for å hindre bevisforspillelse. Det ble uttalt at dette kunne være uheldig, da dette hadde en for stor likhet med det å fengsle vitner, noe som det er svært begrenset adgang til (se strpl. § 137).

Det ble likevel åpnet for at der det er tungtveiende etterforskningsgrunner skulle det være mulig å varetektsfengsle, men proporsjonalitetsprinsippet ville her slå igjennom og begrense fengslingsmuligheten.

I ovennevnte sak var det derfor ingen fengslingsgrunn at det var fryktet at en siktet ville unndra seg vitneplikt mot en medsiktet.¹⁶

Det må også presiseres at en siktet ikke har forklaringsplikt for retten, jfr. strpl. § 90, FN-SP art. 14 nr.3 litra g og EMK art.6. Disse bestemmelsene uttrykker at ingen har plikt til å bidra til egen fellelse, også kalt prinsippet om selvinkriminering.

Vilkåret om at det må foreligge ”nærliggende fare” for bevisforspillelse innebærer at det minst må være sannsynlighetsovervekt (mer enn 50% sannsynlig) at siktede vil forsøke å forspille bevis dersom han ikke varetektsfengsles.¹⁷

I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse gjengitt i Rt.2006 s.233 ble lagmannrettens fengslingskjennelse opphevet da det ikke fremgikk av avgjørelsen at spørsmålet om sannsynlighetsovervekt konkret var vurdert. Lagmannsretten hadde bare nevnt sannsynlighetsovervekt i en parentes i tilknytning til at mistankevilkåret (skjellig grunn til mistanke) var oppfylt. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at dersom siktede ble løslatt ville han ha god anledning til å kunne kontakte vitner for å påvirke disse. (Han hadde ikke erkjent handlingene han var siktet for). Høyesterett uttalte videre: ”En slik generell påpekning av at siktede ved løslatelsen vil ha anledning og interesse av å påvirke vitner, er ikke tilstrekkelig til å tilfredstille lovens krav til sannsynlighetsovervekt. Da det ikke fremgår av lagmannsrettens kjennelse om en mer konkret sannsynlighetsvurdering er foretatt, finner utvalget at kjennelsen må bli å oppheve”.

Manglende konkretisering av faren for bevisforspillelse resulterte i at kjennelsen ble opphevet.

Ad. nr. 3 § 171, 1.ledd, fare for at siktede skal begå nye straffbare handlinger. Dette kalles også for prevensjonsarrest.

Det må foreligge konkrete opplysninger som styrker mistanken om at det kan begås nye straffbare handlinger ved unnlatt varetektsfengsling.

¹⁶ Andenæs, Johs. og Tor-Geir Myhrer. Norsk straffeprosess. Oslo : 2008 s.288

¹⁷ Fredriksen, Steinar. Innføring i straffeprosess. Oslo : 2009 s.165

Det kreves her en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at det kan begås nye lovbrudd. Dette er en meget brukt bestemmelse ved varetektsfengsling til tross for at det ved innføring av denne i nåværende straffeprosesslov kom relativt sterke innvendinger¹⁸ mot at man skulle foregripe evt. nye lovbrudd med fengsling.

De forventede straffbare handlingene må ikke være likeartede, men må være av samme grovhet og ha minst samme strafferamme som siktede er mistenkt for.

Denne bestemmelsen anvendes ofte overfor såkalt kriminelle gjengangere som på denne måten blir holdt unna videre ulovlige aktiviteter i fengslingsperioden.

Ved varetektsfengsling etter strpl. § 171, 1.ledd nr. 3 kreves også her en nøye begrunnelse. I Rt.2004 s.74 ble lagmannsrettens fengslingskjennelse opphevet av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Årsaken var at det ikke var nok å angi bare at det ”forelå en konkret og nærliggende fare for at siktede ville begå nye straffbare handlinger med strafferamme over seks måneders fengsel.”

Det burde vært vurdert om det forelå sannsynlighetsovervekt for at siktede ville begå nye straffbare handlinger dersom han ble løslatt.

Ad nr. 4 § 171, 1.ledd, siktede selv begjærer fengsling.

Dette skjer ikke ofte, men kan forekomme i tilfeller der siktede har tilstått og vet at han kan få en dom som resulterer i en lang fengselsperiode. Da kan det være ønskelig på denne måten å komme i gang med, eller foregripe soningen. Varetektsperioden vil jo komme i fradrag i utmålt straff ved en domfellelse, jfr. strpl. § 460 og strl. § 60.

I andre tilfeller kan det være at siktede ønsker seg isolasjon fra omverdenen og eller andre medskyldige for å trygge sin egen sikkerhet. Dette kan bunne i frykt for trusler om represalier. I vår tid med stadig mer vold i samfunnet og særlig i kriminelle miljøer vil en kanskje oppleve at flere tyr til mer eller mindre frivillig fengsling for egen del.

Pågripelse etter strpl. § 171, 2.ledd omhandler tilfeller ved overføring til tvungent psykisk helsevern. Dette faller utenfor oppgaven og behandles ikke.

¹⁸ NOU 1980: 28. s.48 flg.

3 Rettshåndhevelsesarrest

Pågrepelse og varetektsfengsling etter strpl. § 172 benevnes også som retthåndhevelsesarrest. Vilåårene etter § 172 vil bli behandlet i oppgavens pkt.3.1.

Rettshåndhevelsesarrest som selvstendig institutt har lang historisk tradisjon i flere rettskulturer enn vår, og består i litt varierende utgaver også i vår tid.

I de europeiske landene har begrepet utviklet seg i henhold til EMK og avgjørelser i EMD. Det skjedde nok tidligere at en her i landet pågrep lovbyrtere ved alvorlige lovbrudd uten at det forelå noen spesiell pågripelsesgrunn¹⁹. Hjemmel for rettshåndhevelsesarrest kom inn i norsk lov i 1963, etter ”Drosjeransaken”.

Det vakte oppsikt da raneren av en drosjesjåfør ikke ble varetektsfengslet, men ble løslatt i påvente av at saken kom opp. Forhørsretten fant at vilåårene for fengsling ikke var tilstede. For å unngå lignende tilfeller for fremtiden, fikk loven et tillegg i ny § 228a (i tidligere straffeprosesslov av 1887) som ga hjemmel for fengsling i rettshåndhevelsesøyemed. Dette er videreført i nåværende straffeprosesslov § 172 med endringer i 2003.

Ved grove og gruoppvekkende lovbrudd i et samfunn blir opinionen rystet, skremt og vil i mange tilfeller tenke tanker rundt gjengjeldelse og hevn. I vårt gjennomregulerte og tilsynelatende siviliserte samfunn undervurderer vi ofte i slike behov og ønsker.

Straffereaksjoner er noe som staten har ansvar for gjennom offentlig påtale. En straffesak foregår mellom tiltalte og den offentlige påtalemyndighet. Det er ikke plass for private reaksjoner i så måte.

Vi har etter hvert fått en ordning med bistandsadvokat som fornærmede har krav på i alvorlige voldssaker jfr. strpl. kap 9a, dette er en svært viktig ordning som tar sikte på å støtte og å synliggjøre offeret i en straffesak. Dessverre er det nok fortsatt delte meninger om ordningen, særlig blant enkelte profilerte forsvarsadvokater.

¹⁹ Bjerke, Hans Kristian. Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler. Oslo : 1986 s.21

I sin bok *Hevn og straff* av Aina Mee Ertzeid²⁰ er det strafferettslige synspunkter som vurderes opp mot hevn og gjengjeldelse. Noen av disse tankene har også straffeprosessuell relevans selv om det ikke er nevnt i boken. I boken blir hevn og gjengjeldelse satt opp mot det enkelte offer og rammene for det som vel oppfattes som politisk korrekt syn i dag. Her er det ikke plass for hevn, og lovgiveruttalelser er utydelige i relasjon til gjengjeldelsesmotiver (Ertzeid s. 88).

Bratholm²¹ diskuterer gjengjeldelsesformål relatert til rettshåndhevelsesarrest og gir til kjenne at hevn og gjengjeldelsesmotiver nok har vært bakgrunn for denne.

Bratholms drøftelser i denne boken ligger nå mer enn 50 år tilbake i tid, vi har i mellomtiden fått en ny straffeprosesslov, vi har fått EMK som norsk lov og stadig nye rettsavgjørelser, men det vil nok være å undervurdere opinionen å tro at slike motiver som hevn og gjengjeldelse ikke eksisterer i vårt samfunn i dag.

Rettshåndhevelsesarrest vil nok av mange bli oppfattet som en måte å statuere eksempel på. Grufulle forbrytelser vekker fortsatt avsky hos de fleste, men å relativisere dette for å være politisk korrekt vil nok møte liten forståelse hos de brede lag.

Selv omgjengjeldelsesformål ikke er anerkjent i moderne strafferett og straffeprosess, kan en vel si at det fortsatt er et lite element av gjengjeldelse igjen i begrepet

”rettshåndhevelsesarrest” slik det forstås i juridisk teori rundt strpl. § 172.

Til støtte for dette argumentet tas tilføyelsen i § 172 som kom inn i loven i 2003²² nest siste punktum som lyder: ” Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om det er egnet til å støtte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot.”

Selv om det i forarbeidene til proposisjonen ble uttalt at tilføyelsen bare var av pedagogisk art er det besnærende å konstatere at uttrykket er tilføyet i selve paragrafen og ikke bare beskrevet i forarbeidene. Det var riktignok forholdet til EMK art. 5, 1.c som var en av grunnene til tilføyelsen (se under pkt. 3.1).

²⁰ Ertzeid, Aina Mee. *Hevn og straff*. Oslo : 2005.

²¹ Bratholm, Anders. *Pågrepelse og varetekstfengsel*. Oslo : 1957. s.152 flg.

²² Ot.prp. nr. 62 (2002-2003)

3.1 Materielle vilkår etter strpl. § 172

Svært ofte skjer det at påtalemyndigheten ikke får gjennomslag for varetektsfengsling av en siktet etter vilkårene i strpl. § 171. Det kan godt være at grunnvilkåret i § 171. 1.ledd er oppfylt, men dersom intet tilleggsvilkår er oppfylt, må politiet sette den pågrepne fri i påvente av hovedforhandling. Slike tilfeller vil oppstå der for eksempel mistenkte har tilstått, alle bevis i saken er fremkommet og det ikke er stor sannsynlighet for at han skal begå nye lovbrudd. Tanken er at en ikke skal foregripe en mulig straffereaksjon, uskyldspresumsjonen slår her igjennom, ”enhver skal betraktes uskyldig inntil det motsatte er bevist”, eller fellende dom er avsagt.

Likevel kan det av andre grunner være ønskelig med varetektsfengsling.

Ved særlig grove lovbrudd åpner strpl. § 172 jfr. § 184, 2.ledd, for varetektsfengsling selv om vilkårene i § 171 ikke er tilstede.

Etter strpl. § 172, litra a) kan den som mistenkes for forbrytelser som kan medføre straff i mer enn 10 år, for eksempel ved grovt ran, overlagt drap og grov voldtekt varetektsfengsles. Disse lovbruddene som alle har en øvre strafferamme som er høyere enn 10 år gir da grunnlag for varetektsfengsel, også forsøk omfattes av bestemmelsen i i litra a.

Det kan også være andre lovbrudd av voldelig karakter, men som har lavere strafferamme enn 10 år som gir grunnlag for å varetektsfengsle, dette gjelder straffelovens §§ 228, 229 og 232 slik det er beskrevet i strpl. § 172, litra b). Her er ikke forsøk omfattet.

Mistankevilkåret for fengsling etter strpl. § 172 er strengere enn mistankevilkåret i § 171.

Det må foreligge forhold som i ”særlig grad” styrker mistanke, slik som tilståelse eller andre forhold.

I en kjennelse gjengitt i Rt.1989 s.186 uttrykkes dette slik: ”Til pågrepelse og fengsling i henhold til straffeprosessloven § 172 kreves ”tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken”. Det kreves altså et særlig sterkt grunnlag for mistanke i slike tilfeller.

Det kreves imidlertid ikke at det foreligger ”en nær opp til visshet grensende til sannsynlighet” for at siktede vil bli dømt i henhold til siktelse.”

Og fra Rt.1992 s.423 siteres: ”Vilkårene for å varetektsfengsle etter straffeprosessloven § 172 er enten at det foreligger en tilståelse som dekker alle straffbarhetsvilkårene, eller at det foreligger andre forhold som i særlig grad styrker mistanken”. Med sistnevnte uttrykk menes i henhold til forarbeidene at ”det må foreligge adskillig mer enn skjellig grunn til mistanke. Det må foreligge en meget sterk sannsynlighet for at siktede er skyldig”.

Slik Høyesterett uttaler seg i disse to kjennelsene viser det at vurderingene for anvendelse av strpl. § 172 ligger svært nær opp til full skyldkonstatering. Dette kan igjen skape problemer relatert til EMK, nedenfor i pkt. 3.2 vil dette bli nærmere behandlet.

I de tilfeller der det foreligger en fellende dom vil mistankekravet normalt være oppfylt slik som i kjennelse gjengitt i Rt.1999 s.1030. Domfelte hadde anket en dom på to år for grovt ran. Forhørsretten fant at fortsatt varetektsfengsling ikke var påkrevet og løslot. Politiet påkjærte og lagmannsretten godtok under dissens varetektsfengsling etter strpl. § 172. Domfelte påkjærte fengslingskjennelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg som forkastet kjæremålet og uttalte: ”Når det gjelder lovtolkningen, anføres det i kjæremålet for det første at lagmannsretten har tolket straffeprosessloven § 172 uriktig når retten er kommet til at det foreligger ”forhold som i særlig grad styrker mistanken”. Utvalget er ikke enig i dette, og viser særlig til at det i forhørsrettens kjennelse, som lagmannsretten viser til på dette punktet, er henvist til den fellende byrettsdommen for grovt ran som ligger i saken. Når det gjelder en fellende straffedom, vil det nevnte kravet (viser her til mistankekravet) normalt være oppfylt”. Se også nedenfor ad Rt.2001 s. 940 (Orderud).

Det vanlige er at førstegangs varetektsfengsling skjer etter strpl. § 171, men det kan skje at det foreligger ”særlig styrket mistanke” allerede ved første gangs fengsling, for eksempel ved full tilståelse og eller der alle bevis foreligger. Ved særlig gruoppvekkende saker i kjerneområdet for bestemmelsen kan det da være at alle vilkårene er oppfylt og en foretar fengsling etter § 172.

Imidlertid er det ved forlengelse av varetekt at strpl. § 172 hyppigst legges til grunn.

Spørsmål om forlengelse av varetekt beror i sterk grad på skjønnsmessige vurderinger.

Strpl. § 172 er en skjønnsmessig regel ; hvis noen mistenkes for de alternativene som stilles opp i litra a) eller litra b) ”kan” han pågripes, og fengsling ”kan” besluttes etter strpl. § 184.

Varigheten av varetektsfengslingen er et viktig moment ved vurderingen av fortsatt fengsling. Forholdsmessighetskravene i strpl. § 170a går også på varigheten. Lang tids varetektsfengsling kan ansees å være uforholdsmessig tyngende og da vil ikke retten gå med på fortsatt fengsling.

Avgjørelser fra EMD har fra begynnelsen av 1990-tallet vært med på å prege norsk rettspraksis også når det gjelder varigheten av varetektsfengsling i rettshåndhevelsesøymed.

Det synes som en klar tendens at det nå er vanskeligere å få gjennomslag for fortsatt fengsling dersom varetektstiden er blitt lang. Jo lenger varetektsfengslingen har vart, jo større betydning får tilleggsvilkårene i EMK art. 5 nr.3.

Etter EMK avhenger de materielle vilkårene for varetektsfengsling av om det allerede foreligger en dom på frihetsberøvelse eller ikke. Sondringen her er viktig fordi det under etterforskning av en sak er adgang til frihetsberøvelse etter art. 5 nr. 1 c evt. med tillegg av art. 5 nr. 3 første pkt.

Det må da foreligge rimelig mistanke om en straffbar handling i tillegg til at det ofte må være oppfylt andre vilkår.

Foreligger det derimot en dom er denne i seg selv grunnlag for fengsling jfr. art. 5 nr. 1 a. Art. 5 nr. 1 a gjelder enhver frihetsberøvelse relatert til en fellende dom selv om den ikke er rettskraftig.

Det sentrale prejudikatet fra EMD er Wemhoff mot Tyskland, A 7 1968. Saken gjaldt rett til ”hovedforhandling innen rimelig tid” etter EMK art. nr.3, men ble her vurdert etter Art. 6 nr. 1 fordi det allerede forelå domfellelse.

EMK art. 5 regulerer lengden på varetektstiden før saken er pådømt, men ikke etter fellende dom. Ved fengsling fram til ankeforhandling er det EMK art. 6 nr. 1 som gjelder.

Dette fikk betydning i den meget omtalte trippeldrapsaken eller Orderud-saken som verserte i alle rettsinstanser fra 1999 til 2002. Den kjennelsen som er av interesse i denne sammenhengen er publisert i Rt.2001 s. 940 og gjaldt varetektsfengsling etter strpl. § 172 sammenholdt med EMK art. 5 nr. 3. Tre personer var da domfelt for medvirkning til overlagt drap på tre personer.

Dommen var ikke rettskraftig da de tre anket på grunn av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet.

Da dommen falt hadde de tre vært på frifot i om lag ett og halvt år. De hadde sittet i varetekt en periode under etterforskningen, men var så blitt løslatt i påvente av at saken skulle komme for tingretten.

De ble pågrepet og varetektsfengslet på nytt samme dag som dommen falt, og de påkjærte kjennelsen umiddelbart.

Borgarting lagmannsrett²³ forkastet kjæremålet med 2 mot 1 stemme.

Fra lagmannsrettens kjennelse går det fram at, sitat: ”For at fengsling på dette grunnlag skal skje, må også de generelle vilkår for fengsling i straffeprosessloven § 170a være oppfylt, d.v.s. at det kan bare besluttes fengsling når det er tilstrekkelig grunn til det og det ikke etter sakens art og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep. Selv om det foreligger adgang til å beslutte fengsling, er det ikke obligatorisk at adgangen skal benyttes. Bakgrunnen for bestemmelsen er behovet for å motvirke den følelse av utrygghet og mangel på tillit til samfunnets rettshåndhevelse som kan bli følgen om gjerningsmannen ved grove forbrytelser får være på frifot under saken.”

Så følger referanse til NOU 1980:28 side 54 der formålet er uttrykt slik: ”Selv om det knytter seg betenkeligheter ved en bestemmelse av denne art, finner en at de momenter som taler for å ha en slik varetektshjemmel er så vidt tungtveiende at det må være avgjørende. Bestemmelsen har blant annet den funksjon at folk ser at det skjer noe umiddelbart etter en alvorlig forbrytelse. Dersom en ikke har en slik varetektsadgang, må en regne med at det

²³ LB2001-2109

vil kunne oppstå et sterkt press for å varetektsfengsle vedkommende etter en av de andre varetektsbestemmelsene. Det skaper derfor klarere linjer å ha en slik bestemmelse. ”

Lagmannsretten la her til grunn at fengslingsspørsmålet ville bero på en konkret anvendelse av strpl. § 172.

Det gikk videre fram at forsvarerne anførte at fengslingen ville kunne komme i strid med EMK art. 5 nr.3 og henviste til dommer fra EMD der det hadde skjedd. Lagmannsrettens flertall avviste dette under henvisning til at de nevnte dommer ikke hadde betydning for denne saken og at fengslingen ikke her stred mot EMK slik at de fengslede på dette grunnlag hadde krav om å bli løslatt. Lagmannsrettens flertall bemerket at EMK art. 5. nr.3 ikke var anvendelig i denne saken der fengslingen ville skje etter domfellelse og derfor ville falle inn under art. 5 nr. 1 a.

Lagmannsrettens flertall foretok deretter en konkret vurdering av fengslingsspørsmålet og konkluderte etter en inngående drøftelse av vilkårene i strpl. § 172 at fengsling av de tre fram til ankeforhandling ikke ville være uforholdsmessig.

Lagmannsrettens kjennelse ble så av de tiltalte påkjært til Høyesterett.

Kjæremålet gjaldt tolkingen av strpl. § 172 sammenholdt med de begrensninger som følger av EMK.

Kjæremålsutvalget la til grunn at anførselen (fra en av forsvarerne) om at lagmannsretten har tolket EMK art. 5 nr.3 feil, ikke førte fram fordi lagmannsrettens tolking var i samsvar med EMD’S praksis.

Dessuten ble det slått fast at det var EMK art. 6 nr. 1 og ikke art. 5 nr.3 som kom til anvendelse.

Når det gjelder varetektsfengsling etter fellende dom tillater EMK art.5 nr. 1 a ”lovlig frihetsberøvelse av en person som er domfelt av en kompetent domstol” også når dommen ikke er rettskraftig fordi slik frihetsberøvelse ikke anses som varetektsfengsling etter EMK. Etter norsk lov er frihetsberøvelse i påvente av ankeforhandling ansett som varetektsfengsling.

Sitat : ²⁴ ”Spørsmålet om (fortsatt) varetektsfengsling etter at det foreligger dom på frihetsstraff må derfor i forhold til straffeprosesslovens bestemmelser bygge på art. 5 nr. 1 a, ikke på art 5. 1 c.

Varetektstidens lengde forut for dom i første instans reguleres av annet alternativ i art. 5 nr. 3 første punktum. Fordi bestemmelsen krever hovedforhandling, men ikke ankeforhandling, innen rimelig, kommer den ikke til anvendelse etter at det er avsagt dom i første instans. Art.6 nr. 1 gir imidlertid rett til rettergang, herunder ankebehandling, innen rimelig tid.” Sitat slutt.

Lagmannretten skulle behandlet saken etter art. 6 nr. 1, men Kjæremålsutvalget kunne ikke se at det forelå uriktig tolking verken når det gjaldt strpl. § 172 eller forholdet til EMK. Kjæremålene ble med to mot en stemme forkastet.

Ellers er det viktig å merke seg at retten alltid bør drøfte forholdet til art. 5 nr. 3 selv om dette ikke er påberopt av partene²⁵.

3.2 Straffeprosessloven §172 og forholdet til EMK art.6

Varetektsfengsling etter strpl. § 172 reiser særlige spørsmål når det gjelder dommerhabilitet.

EMK art. 6 omhandler prosessuelle rettigheter for personer som er siktet for straffbare handlinger og statuerer prinsippet om en rettferdig rettergang.

Rettighetene i art. 6 nr. 1 gjelder både sivile saker og straffesaker, men art. 6 nr. 2 og nr. 3 gjelder bare i straffesaker.

²⁴ Jebens, Sverre Erik. Menneskerettigheter i straffeprosessen. Oslo : 2004 s. 239

²⁵ Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo : 2002 s. 274

Art. 6 nr. 2 gjelder uskyldspresumsjonen i straffesaker om at enhver er som er siktet for en straffbar handling skal ” antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven”.

Hovedinnholdet i de straffeprosessuelle rettighetene i art. 6 nr. 1 er kravet om at enhver som er straffesiktet har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol. Dette kan en igjen beskrive som en tredeling, en er kravet om domstol, to er kravet om uavhengighet og tre er kravet om upartiskhet. Kravet om upartiskhet er det som gjelder medlemmer av domstolen. Når det gjelder domstolskravet og dommere gjelder det alle typer dommere som måtte være godkjent av domstolen, både lege og lærde.

Når det gjelder upartiskhet og habilitetsregler i norsk rett er det Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5 som gjelder. Domstollovens §§ 106 og 108 omhandler dommerhabilitet. I andre land vil det være tilsvarende regler i landets egne lover som gjelder.

Imidlertid viser domspraksis fra EMD at habilitetskravene ved avgjørelser der ofte går lengre, eller er strengere en det enkeltes lands krav. Dette har fått den virkning at ved avgjørelser fattet av norske domstoler har en vært nødt til å forholde seg til skjerpede habilitetskrav overfor sine dommere.

Hovedgrunnen til dette er enkelt sagt at en må se til at det ikke foregår noen form for forhåndsdømming.

Da denne oppgavens tema er varetektsfengsling er det viktig å merke seg at vilkårene i art. 6 når det gjelder straffekravets avgjørelse, ikke er de samme som i første gangs fengsling eller ved fengslingsforlengelse. Straffekravets avgjørelse refererer seg til endelig dom. Når det gjelder upartiskhet sonderer en i EMD's avgjørelser mellom den subjektive og objektive upartiskhet. Den subjektive relaterer seg til dommeren selv.

Den objektive vurderingen av upartiskhet kan relateres til dommerens evt. tidligere befatning med saken.²⁶ Det er særlig dette som har vært gjenstand for omfattende endringer og tilpasninger i norsk rett i de senere år.

Norge, Norden og Storbritannia har en annen fordeling av rollene under etterforskning av straffesaker enn de fleste andre land i Europa. Hos oss blir straffesaker etterforsket av politi og påtalemyndighet, mens det ellers i Europa ofte er en egen undersøkelsesdommere som

²⁶ Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo : 2002. s.330 flg.

leder etterforskningen. Denne rollefordelingen kan føre til uheldig sammenblanding, da den samme dommeren kan ha ansvar for både etterforskning, påtale og pådømming.

Avgjørelser fra EMD gjelder ofte saker der det har vært fare for sammenblanding av roller. I slike tilfeller skal det da foretas en helt konkret vurdering av om hvorvidt kravene til upartiskhet er oppfylt.

I norsk rett var det tidligere slik at den dommer som hadde besluttet en varetekstfengsling senere kunne være dommer ved samme sak. Om dommeren ved varetekstfengslingen hadde tatt standpunkt til mistankekravet gjorde det ham likevel ikke inhabil under en senere hovedforhandling.

Etter en avgjørelse ved EMD i 1989, Hauschildt mot Danmark, A 154 1989, fant en i Norge at en måtte endre sitt standpunkt vedr. dommerhabilitet.

Hauschildt-saken gjaldt en dansk statsborger som var dømt for skatteundragelse.

Samme dommer som flere ganger, ni i alt, hadde tatt stilling til varetekstfengsling av Hauschildt, hadde også administrert straffesaken mot ham.

I utgangspunktet var ikke dommeren ansett å være inhabil etter de subjektive vilkårene.

Det at dommeren hadde besluttet varetekt under etterforskningen var i seg selv ikke det kritikkverdige. Det rettslige grunnlaget for de mange fengslingene var den danske lov om rettspleje § 762 som samsvarer med vår strpl. § 172 og omfatter begrepet rettshåndhevelsesarrest. For å fengsle etter denne regelen måtte det foreligge en særlig styrket mistanke om straffbar handling som hadde en strafferammen på minst 6 år.

Dansk lov krever at fengsling etter denne bestemmelsen har en meget høy grad av klarhet om skyld.

EMD anså at i dette tilfelle at det var så liten forskjell i vurderingen av skyld relatert til henholdsvis fengsling eller straff, at dommerens rolle da ikke ble ansett å være upartisk på et objektiv grunnlag.

Konklusjonen etter dette ble da at i slike tilfeller der en dommer har truffet beslutning om varetekstfengsling under etterforskning av en sak i seg selv ikke er nok til å konstatere upartiskhet ved senere befatning med saken. Men dersom dommeren har uttalt seg om sterk mistanke eller skyld i en straffbar handling er upartiskheten tvilsom.

For norsk rett førte Hauschildt-saken til straffeprosessuelle endringer i synet på dommerhabilitet. Justisdepartementet utferdiget et rundskriv²⁷ som ble sendt til alle rettsinstanser i landet. Det siteres fra pkt. 6 i rundskrivet : ” Det følger av dommen at den samme dommeren ikke bør ta stilling til skyldspørsmålet etter både straffeprosessloven §172 og under hovedforhandlingen. Dette innebærer at en dommer som har besluttet varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 172 annet alternativ, vil kunne anses inhabil ved avgjørelsen av skyldspørsmålet når straffesaken kommer opp til hovedforhandling, jf domstolloven § 108.”

For rettsinstanser med flere dommere volder mulig inhabilitet som dette ikke særlige problemer, da man der har mange ansatte dommere, men for små tingretter med sorenskriver og ofte bare en dommerfullmektig, vil man komme i problemer ved førstegangs varetektsfengsling etter strpl. § 172. Dette følger av habilitetsreglene i dstl. § 109.²⁸

²⁷ Rundskriv G-140/89 av 25. september 1989.

²⁸ All, Jørgen. Rettergang og menneskerettigheter. Bergen : 1995 s.194

4 Allmennhetens rettsfølelse

4.1 Bakgrunnen for uttrykket

Ved lovendring 4. juli 2003 nr.78, ble det vedtatt et nytt annet pkt. i strpl. § 172 :

”Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot.”

Stortingsrepresentantene Per-Kristian Foss, Kristin Krohn Devold og Bjørn Hærnes framsatte 01.12.98 forslag om endring i Straffeprosessloven § 172 om

rettshåndhevelsesarrest m.v. Forslaget ble framsatt i Dok.nr.8:18 (1998-1999).

Bakgrunnen for forslaget var et ønske om tiltak mot ”voldskriminalitet og ungdomsgjenger”, og fra punktet ”Varetekt” i dokumentet siteres: ”Etter dagens straffeprosesslov § 172 kan retten ilegge rettshåndhevelsesarrest for å forhindre at publikum kan møte forøvere av meget grov kriminalitet som ikke oppfyller de vanlige vilkårene for varetekt. Høyre mener at dette er en riktig og viktig bestemmelse, fordi den motvirker følelsen av utrygghet hos tidligere ofre ved å møte gjerningsmenn som er på frifot mens saken er under domstolsbehandling. Høyre ønsker derfor at bestemmelsen får utvidet bruk også overfor andre typer alvorlig kriminalitet som legemsbeskadigelse, utpressing og ran. Derfor foreslås grensen for bruk av rettshåndhevelsesarrest redusert til strafferamme på minst 5 år”, sitat slutt.

Samtidig var det et behov for å komme i samsvar med ordlyden i rettspraksis fra EMD.

Rettspraksis fra EMD viste til at rettshåndhevelsesarrest bare kunne brukes når selve løslatelsen av mistenkte ”would actually disturb public order”.²⁹

Forslagene i Dok.nr.8 : 18 (1998-1999) førte til Ot.prp. nr.81 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling m.v.)

²⁹ Fredriksen, Steinar. Innføring i straffeprosess. Oslo : 2009. s.169

Sitat fra: ”Ot.prp.nr.62 (2002-2003) (endringslov) 13.3 Til endringen i straffeprosessloven. Til § 172: Tilføyelsen av nytt annet punktum gjør det klart at det ved vurderingen av om den siktede skal pågripes, skal legges særlig vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot. Endringen er pedagogisk begrunnet, og er ikke ment å innebære noen realitetsendringer i forhold til gjeldende rett. På samme måte som i dag er det ikke noe vilkår at det må foreligge en konkret og nærliggende fare for at allmennheten rent faktisk vil reagere. Det er tilstrekkelig at den aktuelle saken er egnet til skape en reaksjon av den type loven nevner. ” Sitat slutt.

I proposisjonens høringsnotat på side 14 framtrer uttrykket ”allmennhetens rettsfølelse” om enn i en litt annen form for første gang, sitat : ”Etter departementets syn er det blant forbrytelser med strafferamme på under 10 år særlig alvorlige voldsforbrytelser som kan skape så sterke reaksjoner hos folk at det vil støte rettsfølelsen om gjerningspersoner går fri frem til domfellelsen”, sitat slutt.

Departementet bruker variasjoner av uttrykket, så som ”å skape reaksjon i befolkningen”, ”at deres rettsfølelse kan støtes”, ”folk flest vil være opptatt av...”

Varianter av uttrykket hos de forskjellige høringsinstanser var : ”..støtende på allmennheten..”, ”sterke reaksjoner hos allmennheten..”, ”allmennhetens reaksjon” og ”krenkelse av folks rettsfølelse”

At lovgiver til sist landet på uttrykket ”allmennhetens rettsfølelse” uten å definere dette klart og tydelig er bare å konstatere. Selv om det ble sagt at dette kun var en endring som var ”pedagogisk” begrunnet, kan det også ha vært et ønske om å gjøre loven enklere å forstå ved å ta et slikt grep.

”Allmennhetens rettsfølelse” er et skjønnbestemt uttrykk og kan vel også kalles en rettslig standard.

En rettslig standard kan være ord eller uttrykk som viser til noe som ligger utenfor lovteksten, det kan være en praksis, gi uttrykk for holdninger i samfunnet eller andre forhold som skifter med tiden.³⁰

Moderne lovgiving er mer preget av generelle og abstrakte uttrykk enn tidligere tiders, noe som igjen krever mer av rettsanvenderen. Slike lover har den fordel at de ikke trenger å endres så ofte.

Ved å benytte rettslige standarder i en lovtekst oppnår en at innholdet kan endres over tid uten at lovteksten endres. Hva som til en hver tid er ”allmennhetens rettsfølelse” vil jo variere. Det som var et sjokkerende lovbrudd for 50 år siden vil kanskje ikke forskrekke like meget i dag.

Lovgivning innenfor offentligrettslige emner har færre innslag av rettslige standarder. Dette kan nok være et utslag av at skjønnsmessige betraktninger har liten plass der legalitetsprinsippet ligger til grunn for rettsanvendelsen.

Offentlige myndigheter må ha en klar lovhjemmel som grunnlag for sin maktutøvelse overfor individene, se pkt. 2.3.1 side 6 i oppgaven.

I den senere tid har bestemmelsen i strpl. § 172, annet punktum i stor utstrekning vært brukt i den en kaller grove narkotikaforbrytelser. Det er mange meninger rundt temaet straff og narkotika.

Spørsmålet er om det støter den ”allmennhetens rettsfølelse” i like stor grad om en som har smuglet narkotika inn i landet slipper å bli varetektsfengslet eller får forlenget denne, som en som har angrepet en polititjenestemann med øks har det?

Eksempelvis oppsto dette problemet i Åsnes i Hedmark i 2008. En polititjenestemann var blitt angrepet og skadet av en mann med øks. Mannen ble ikke varetektsfengslet, men løslatt etter pågripelsen. Etter politijuristens vurdering forelå det ikke grunnlag for varetektsfengsling. I slike tilfeller blir forholdet mellom juss og folkemening satt på prøve.

³⁰ Boe, Erik. Innføring i juss. Oslo : 2009 s.225

I Ot.prp.nr.62 (2002-2003) sies det at vurderingen av forbrytelsens alvor vil være et viktig moment ved varetektsfengsling etter strpl. § 172, annet punktum. Det blir også fremhevet at ”selv om en evt. løslatelse av en person som er siktet for en alvorlig forbrytelse er egnet til å fremkalle en følelse av utrygghet og manglende tillit til samfunnets rettshåndhevelse, kan rettshåndhevelsesarrest etter straffeprosessloven § 172 ikke anvendes dersom det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep”. Her som ellers ved bruk av tvangsmidler må en vurdere forholdsmessigheten ved inngrepet, jfr. strpl.§ 170a.

Det er vist til to kjennelser i nevnte Ot.prp., de er gjengitt i Rt.2002 s.315 og Rt.2002 s.842. I begge tilfeller gjaldt det krav om fortsatt varetektsfengsling i medhold av strpl. § 172.

I Rt.2002 s.315 gjaldt saken siktelse etter strl. § 162, grov narkotikaforbrytelse. Siktede hadde vært varetektsfengslet i mer enn 3 måneder da påtalemyndigheten igjen begjærte fortsatt fengsling i 4 uker. Påtalemyndigheten fikk nå ikke medhold i forhørsretten og påkjærte til lagmannsretten der de fikk medhold. Siktede påkjærte så til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjæremålsutvalget opphevet lagmannsrettens kjennelse om fortsatt varetektsfengsling, og vektla særlig at selv om mistankevilkåret etter § 172 var oppfylt, var ikke hensynet til de samfunnsmessige behov ved rettshåndhevelsen konkret vurdert. Det ble også vist til at EMK art. 5 nr. 3 tilsier stor varsomhet ved anvendelse av strpl. § 172. Det ble vist til lagmannsrettens kjennelse der varetektstidens lengde og mulighet for pådømmelse innen rimelig tid var et viktig moment ved vurderingen om fortsatt fengsling, selv om lagmannsretten hadde vektlagt dette slik at det fra deres side førte til fortsatt fengsling.

I Rt.2002 s. 842 gjaldt saken også fortsatt varetektsfengsling. Siktelsen her gjaldt Strl. § 233. Selv om dette er en svært alvorlig siktelse fikk ikke lagmannsretten gjennomslag for fortsatt fengsling.

Det var ikke nok at lagmannsretten viste til at sterke rettshåndhevelseshensyn tilsa fortsatt fengsling. Lagmannsretten skulle også her ha foretatt en mer konkret vurdering av om samfunnsmessige hensyn tilsa fortsatt fengsling. I saken hadde det vært foretatt forlenget

fengsling flere ganger, og Kjæremålsutvalget uttalte at, sitat: ”behovet for fengsling blir mindre etter hvert som tiden går, og da bør hensynet til siktede tillegges større vekt enn lagmannsretten har gjort.” sitat slutt.

Det ble videre vist til siktedes sosiale og psykiske forhold.

4.2 Uttrykket ”allmennhetens rettsfølelse” anvendt i rettspraksis

Også før uttrykket ”allmennhetens rettsfølelse” var kommet inn i loven (4.juli 2003) ble det anvendt på litt forskjellige måter i kjennelser fra Høyesterett. Dette stemmer også med forarbeidene til lovendringen i tidligere straffeprosesslov av 1887 § 228 a. I innstilling fra Straffeprosesslovkomiteen av 1961 heter det, sitat : ” Dreier det seg om en opprørende og grufull forbrytelse som har skaket almenheten opp, vil denne lett reagere mot at siktede skal kunne gå løs og ledig rundt til endelig dom er avsagt – en dom som antakelig vil gå ut på at siktede skal berøves friheten for mangfoldige år fremover. Heller ikke fra siktedes standpunkt vil det være noen fordel at han kan forbli på frifot: han vil likevel ikke kunne fortsette det alminnelige liv og sitt daglige arbeid.” Sitat slutt.

Når det gjelder ”opprørende og grufulle forbrytelser”, dreier dette seg om slikt som drap, sedelighetsforbrytelser mot barn, mordbrann og grovt ran³¹. Dette angir ”kjerneområdet” for bestemmelsen da den ble tatt inn i tidligere straffeprosesslov § 228a i 1963 (videreført i någjeldende straffeprosesslov § 172).

Senere er bestemmelsen også anvendt i stor utstrekning i alvorlige narkotikasaker selv om disse lovbrudene ikke ligger i kjerneområdet. At bestemmelsen også er anvendelig her framkommer i Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) der det er vist til to kjennelser fra Høyesterett i 2002 (se side 35 i oppgaven under pkt.4.1 i oppgaven).

Etter lovendringen i 2003 ble nok dette noe endret, de samfunnsmessige konsekvensene ved grove forbrytelser ble i større grad målt opp mot varigheten av varetektstiden og siktedes livssituasjon (igjen vises det til Rt.2002 s. 315 og s.842 side 35 i oppgaven).

³¹ Andenæs, Johs. og Tor-Geir Myhrer. Norsk straffeprosess. Oslo : 2009 s.291

Jeg vil nå vise til 14 kjennelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg/ankeutvalg i tidsrommet 1999 til 2008 der uttrykket ”allmennhetens rettsfølelse” (enten eksplisitt eller i betydningen av dette) forekommer ved vurdering av fengslingsgrunnlag etter strpl. § 172, og hvordan og om det vektlegges særskilt.

Nummereringen er fortløpende fra 1 til 14.

Nr. 1 : Rt.1999 s.2002. Saken gjaldt grov narkotikaforbrytelse og kjæremål over lagmannsrettens kjennelse i sak om fortsatt varetektsfengsling. Lagmannsretten hadde i medhold av strpl. § 172 særlig vektlagt at en løslatelse sannsynligvis ville få mediaomtale og på den måten skape en reaksjon hos allmennheten og at det derfor ville stride mot rettsfølelsen å løslate siktede før saken hadde vært behandlet i retten. Siktetes kjæremål ble under dissens forkastet og siktede ble fortsatt varetektsfengslet.

Nr. 2 : Rt.1999 s.2102. Saken gjaldt fortsatt varetekt etter domfellelse for grov narkotikaforbrytelse. Siktede anket dommen.

Forhørsretten godtok fortsatt fengsling, noe som ble påkjært til lagmannsretten av siktede. Lagmannsretten forkastet kjæremålet. Siktede påkjærte så til Høyesteretts kjæremålsutvalg på grunn av saksbehandlingen og viste til mangelfulle kjennelsesgrunner.

Kjæremålsutvalget uttalte seg her både om behov for å beskytte samfunnets interesser og siktetes ulempe ved å være på frifot før ankebehandlingen, det ble vist til lovforarbeidene (sitert her i oppgaven på side 34) og uttalte videre : ”Ved vurderingen av om fengsling skal benyttes, må samfunnet behov for beskyttelse og rettshåndhevelse avveies mot siktetes interesser. Ved vurderingen må også lengden av den samlede varetekstid tillegges vekt. Deretter ble det vist til lagmannsrettens kjennelse der det hensett til en så alvorlig narkotikaforbrytelse som medførte en lang straff (den påankede dommen lød på 16 års fengsel) måtte rettshåndhevelsessynet bak strpl.§ 172 tillegges avgjørende vekt. På dette grunnlaget mente Kjæremålsutvalget at lagmannsretten hadde lagt vekt på relevante momenter.

Selv om samlet varetektstid før ankebehandling kunne påbegynnes ville være mer enn 2 år, mente Kjæremålsutvalget at siktede skulle underlegges fortsatt varetekt.

Det som er interessant å merke seg her er at selv om varetektstiden ble vurdert som forholdvis lang og at forbrytelsen ikke lå i det opprinnelige ”kjerneområdet” for § 172 (se oppgaven side 37) ble varetektsfengslingen likevel opprettholdt. Dette viser at grov narkotikaforbrytelse med de samfunnmessige konsekvenser det har, da hadde havnet i ”kjerneområdet” for bestemmelsen.

Nr. 3 : Rt.2001 s.290. Kjæremålsutvalget uttalte her at lagmannsretten måtte ha foretatt en mer ”konkret vurdering av om samfunnmessige hensyn – særlig hensynet til reaksjon hos allmennheten og i nærmiljøet om det skulle tilsi fortsatt bruk av varetekt”. Saken var i seg selv alvorlig nok, tiltalen gjaldt brannstiftelse, grovt skadeverk og trusler etter strl. §§ 148, 291,292 og 219, samt overtredelse av våpenloven § 33 jfr. § 8, 3.ledd. Til tross for den svært alvorlige tiltalen ble lagmannsrettens kjennelse om fortsatt varetektsfengsel opphevet.

Det som var av stor betydning her var at siktede allerede hadde sittet over 8 måneder i varetekt. Det er uttalt i forarbeidene at ”behovet for varetekt avtar etter hvert som tiden går”. En må her bare konstatere at de samfunnmessige hensyn ikke slo igjennom.

Nr. 4 : Rt.2002 s.252. Saken gjaldt tiltale for medvirkning til overlagt drap. Lagretten hadde svart nei på skyldspørsmålet, men fagdommerne hadde satt kjennelsen til side. Spørsmålet var om tiltalte kunne holdes i fortsatt varetekt med fengslingsgrunnlag i strpl. § 172. Lagmannsretten foretok en konkret vurdering av om fengsling var nødvendig og viste til avgjørelsen i Rt.2001 s. 940 (Orderud). Det ble også vektlagt at det forelå særlige forhold som styrket mistanken, og Kjæremålsutvalget la vekt på at lagmannsretten med nærmere begrunnelse hadde uttalt at hensynet til allmennheten både generelt og lokalt i nærmiljøet tilsa at tiltalte fortsatt burde sitte i varetekt. Det ble videre uttalt fra Kjæremålsutvalgets side at de sluttet seg til lagmannsrettens vurdering om at fortsatt varetektsfengsling var nødvendig og ikke uforholdsmessig. Kjæremålet ble forkastet og fortsatt varetektsfengsling ble opprettholdt.

Nr.5 : I kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg gjengitt i Rr.2003 s. 974 ble lagmannsrettens kjennelse om fortsatt varetektsfengsling etter strpl. § 172 opphevet. Saken gjaldt siktelse etter strl. § 162 grov narkotikaforbrytelse. Siktede hadde sittet varetektsfengslet fra mai til juni samme år, og forhørsretten ville ikke godta fortsatt fengsling. Påtalemyndigheten påkjærte tingrettens kjennelse til lagmannsretten som godtok fortsatt fengsling. Siktede påkjærte så lagmannsretten fengslingskjennelse til Høyesterett. Kjæremålsutvalget viste til Rt 2002 s.315 og Rt.2002 s. 842 (se også under pkt. 4.5 side 35 i oppgaven) og fremhevet at behovet for varetektsfengsling ville kunne avta når det er gått en viss tid etter lovbruddet. Det ble også fremhevet at hensynet til EMK art. 5 nr.3 tilsa at strpl. § 172 skulle benyttes med ”stor varsomhet”, særlig når det gjaldt saker utenfor kjerneområdet for strpl. § 172. Det framgår videre av saken at påtalemyndigheten ville ha siktede varetektsfengslet fram til hovedforhandling i saken som var ventet å bli avholdt sent på høsten. Kjæremålsutvalget uttaler videre : ”Som nevnt er det i kjæremålsutvalgets praksis fremhevet at selv om det i visse tilfeller kan være grunnlag for fengsling etter § 172 i forholdsvis lange tidsrom, vil det regelmessig være slik at behovet fortsatt varetektsfengsling blir mindre etter hvert, jf. Rt-2001-290. At en forbrytelse som den tiltalen gjelder, generelt er egnet til å skape reaksjoner som § 172 skal motvirke, er ikke tilstrekkelig til å begrunne fortsatt bruk av varetekt i saken.”

Se også side 47 i oppgaven.

Nr. 6 : Rt.2003 s.1486. Saken gjaldt siktelse etter strl. § 268, grovt ran, og siktede ble i forhørsretten varetektsfengslet i medhold av strpl. §§ 171, 1.ledd nr.3 og 172. Siktede påkjærte til lagmannsretten som ga sin tilslutning til tingrettens oppfatning om at vilkårene for fengsling etter § 172 var oppfylt og sluttet seg til tingrettens begrunnelse. Siktede påkjærte så videre til Høyesteretts kjæremålsutvalg som fant at lagmannsretten ved å henvise til tingrettens begrunnelse bare hadde nøyd seg med en abstrakt vurdering, og uttalte videre at tingretten ikke hadde gjort mer enn å formulere en generell begrunnelse: ”som kan minne om ordlyden i § 172 annet punktum, som kom inn ved en lovendring 4.juli

2003 og lyder slik: ”Ved vurderingen skal det legges særlig vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot.” Den manglende konkretisering i tingrettens begrunnelse tydeliggjøres ved at det vises til at siktede har vært ”delaktig i et grovt ran”, uten at denne forbrytelsens særtrekk i den foreliggende saken fremheves.

Selv om denne forbrytelsen, et nattlig ran av betjening på en bensinstasjon som ble truet med våpen, befinner seg i kjerneområdet for den kriminalitet som lovgiveren tok sikte på ved innføringen av rettshåndhevelsesfengsel i Norge, og selv om det dreier seg om førstegangsfengsling for et ran som nylig er forøvet, må det stilles større krav til begrunnelsen enn den lagmannsretten her har gitt”.

Så blir det vist til at varetektsfengsling med hjemmel i strpl. § 172 skal benyttes med stor varsomhet. Lagmannsrettens fengslingskjennelse ble opphevet.

Nr. 7 : Rt.2004 s.1216. Saken gjaldt fortsatt varetektsfengsling i narkotikasak i medhold av strpl. § 172 . Siktede påkjærte tingrettens fengslingskjennelse til lagmannsretten som opprettholdt fengslingen, men reduserte fristen med to uker. Siktede påkjærte videre til Høyesteretts kjæremålsutvalg med påstand om løslatelse. Kjæremålsutvalget sa seg enig i lagmannsrettens uttalelse om at det med hensyn til den konkrete anvendelsen av strpl. § 172 i narkotikasaker fulgte det av praksis at det måtte foretas en bred helhetsvurdering, og at det i denne måtte inngå de samfunnsmessige behov og rettshåndhevelseshensyn som har begrunnet bestemmelsen. Det ble så vist til at en løslatelse ville komme til å støte allmennhetens rettsfølelse, at saken gjaldt en alvorlig narkotikaforbrytelse, der : ”Spredningsfaren var stor og skadepotensialet var omfattende (det dreide seg om oppbevaring av 6,6 liter amfetaminolje), med en tilsvarende mulighet for høy fortjeneste hos de impliserte. Forholdet fremstår som utslag av godt organisert kriminalitet og har internasjonale forgreninger. Lagmannsretten legger til grunn opplysningen fra politiet om at saken var omtalt både i lokalpressen og i riksdekkende presse da de siktede ble pågrepet i april, og at saken også i den siste fengslingsforlengelsen har vært omtalt i lokalpressen. Lagmannsretten er enig med tingretten i at det er påregnelig med ytterligere mediaomtale av saken, særlig dersom de siktede løslates nå, med reaksjoner blant allmennheten.

Dersom de siktede domfelles , må de regne med lengre ubetingede fengselsstraffer. Disse hensyn gjør seg gjeldende for begge de siktede.”

Etter Kjæremålsutvalgets vurdering oppfylte lagmannsrettens begrunnelse de strenge kravene som stilles for anvendelse av strpl. § 172 i narkotikasaker. Kjæremålet ble forkastet og siktede ble fortsatt varetektsfengslet.

Nr. 8. Rt.2005 s.1003. Saken gjaldt fortsatt varetektsfengsling etter § 172. Domfelte anket en dom på 12 år i medhold av strl.§ 153 (omsetning av metanolholdig drikke). Han hadde vært varetektsfengslet i anledning saken, og påtalemyndigheten framsatte begjæring om fortsatt varetektsfengsling som ble godtatt av tingretten. Han påkjærte så til lagmannsretten som forkastet kjæremålet. Kjennelsen ble påkjært til Høyesterett som uttalte at strpl. § 172 må anvendes med stor varsomhet og at kjennelsesgrunnene må vise at det er foretatt en konkret vurdering av om sterke samfunnsmessige hensyn tilsier bruk av varetektsfengsel. Kjæremålsutvalget fant at lagmannsrettens noe knappe kjennelsesgrunner ble funnet tilstrekkelige på bakgrunn av henvisninger til tingrettens kjennelsesgrunner der det het at fengslingsvilkårene i strpl. § 172 var oppfylt og at saken lå i ”kjerneområdet” for strpl. § 172 og den interessen som skal vernes gjennom denne bestemmelsen. Både tiltalen og mistanken gjaldt meget alvorlige forbrytelser som kunne medføre høyere straff enn fengsel i 10 år. Metanolsaken hadde hatt tragiske følger for mange mennesker og hadde rystet allmennheten. Lagmannsretten hadde også ment at det klart ville krenke den alminnelige rettsfølelse dersom tiltalte ville bli løslatt. Det er fra kjæremålsutvalgets kjennelse videre sitert fra tingrettens kjennelse: ” Retten viser til at domfelte er idømt en lang fengselsstraff for å ha forvoldt åtte tilfeller av forgiftning som medførte seks dødsfall, hvorav han er funnet skyldig etter strl. § 153 for fem av disse dødsfallene. Saken mot A har vakt betydelig oppsikt idet det finnes mange etterlatte, og den har naturlig nok vært strekt mediefokusert. Retten er av den oppfatning at denne saken faller i kjerneområdet av det som i § 172 benevnes som ” å støte allmennhetens rettsfølelse” hvis domfelte ble løslatt.” Kjæremålet ble forkastet, og fengslingskjennelsen ble opprettholdt.

Nr. 9. Rt.2005 s.1167. Saken gjaldt fortsatt varetektsfengsling etter anke over dom på grov narkotikaforbrytelse strl. § 162 m.v. Domfelte hadde vært varetektsfengslet i anledning saken og påtalemyndigheten begjærte fortsatt fengsling fram til ankebehandling. Tingrettens kjennelse om fortsatt varetektsfengsling ble påkjært av domfelte til lagmannsretten som forkastet kjæremålet. Domfelte påkjærte så til Høyesteretts kjæremålsutvalg som uttalte at det ved fengsling etter strpl. § 172 i narkotikasaker måtte foretas en bred helhetsvurdering hvor de samfunnsmessige behov og rettsanvendelseshensyn som har begrunnet bestemmelsen måtte inngå. Så kommer noe interessant. Kjæremålsutvalget går inn i en drøftelse av om grov narkotikakriminalitet inngår i ”kjerneområdet” for strpl. § 172 (se oppgaven side 38) og tar utgangspunkt i forsvarerens syn på at grov narkotikakriminalitet generelt ikke omfattes av ”kjerneområdet” for strpl. § 172 og at bruk av bestemmelsen forutsetter en konkret og individuell vurdering og det vises det til uttalelser i Rt.2004 s.354 om kjerneområdet for § 172. Kjæremålsutvalget framhever videre at det ikke var noe å utsette på kjæremålsgrunnene i den påkjærte kjennelsen som sammenholdt med to tidligere kjennelser og avgjørelser i saken hvor det fremgår at siktede ”er godt kjent i nærmiljøet hvor han bor. Dette er en liten kommune hvor nærmest alle kjenner alle. Saken har vært omtalt i lokalpressen og det vil støte allmennhetens rettsfølelse i nærmiljøet dersom siktede blir løslatt etter en så alvorlig dom”. Kjæremålsutvalget uttalte vider at forholdet til EMK art. 5 nr. var vurdert. Kjæremålet ble forkastet og fengslingen ble opprettholdt.

Nr. 10. Rt.2005 s.1656. Saken gjaldt begjæring om varetektsfengsling i medhold av strpl. § 172. Siktede var domfelt etter strl. § 192, grov voldtekt m.v. På grunnlag av dommen ble han pågrepet av politiet og begjært varetektsfengslet i medhold av strpl. § 172. Politiet fikk medhold i begjæringen i forhørsretten, men siktede påkjærte tingrettens kjennelse til lagmannsretten som avsa kjennelse med løslatelse. Påtalemyndigheten påkjærte lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett kjæremålsutvalg med anførsler om at lagmannsrettens lovtolking var uriktig når den kom til at det ikke var egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet ved at siktede var på frifot.

Kjæremålsutvalget la vekt på at siktede hadde vært på frifot i nesten 2 år etter hendelsen som hadde ført til domfellelse uten at det var registrert nye tilsvarende forhold, og refererte fra lagmannsrettens kjennelse at: ” Det nye i saken, sammenlignet med den situasjonen som har vedvart i nesten 2 år, er at det endelig er avholdt hovedforhandling og at det er kommet en fellende dom. Dette er ikke begivenheter som er utløst av siktede eller nye forhold på siktedes side. Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse at han fortsatt er på frifot”.

Kjæremålsutvalget uttaler videre: ”Lagmannsretten vurderer deretter om hensynet til de fornærmede skulle tilsi fengsling, kommer til at heller ikke det er tilfellet. Lagmannsretten tar her et korrekt utgangspunkt. De momenter som trekkes frem er sentrale, og utvalget kan ikke se at det gis uttrykk for noen uriktig tolkning av bestemmelsen.”

Kjæremålet ble forkastet.

Fengslingsbegjæringen ble ikke godtatt og siktede fikk da være på frifot inntil rettskraftig dom forelå. Dette selv om forbrytelsen lå i kjerneområdet for anvendelse av strpl. § 172.

Nr. 11. Rt.2006 s.149. Saken gjaldt fortsatt varetektsfengsling etter strpl. § 172 av en mann som var siktet etter strl. § 268 2.ledd, grovt ran. Politiet fikk medhold i tingretten om fortsatt varetektsfengsling. Kjennelsen ble så påkjært til lagmannsretten som forkastet kjæremålet. Siktede påkjærte så kjennelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg som uttalte: ”Lagmannsretten har her bygget på at det ved ranet ble truet med skytevåpen og at ranet er foretatt overfor en forsvarsløs person. Dette gir uttrykk for et riktig rettslig utgangspunkt, og må forstås slik at retten bygger på en konkret vurdering. Rettens konkrete begrunnelse er likevel knapp, blant annet i lys av at siktelsen gjelder bruk av ”skytevåpen og/eller luftpistol”. Bruk av luftpistol vil normalt ikke i seg selv være tilstrekkelig (men kunne den som ble truet vite hva slags våpen som ble brukt da ranet ble begått???, (egen anm.)), det blir så vist til juridisk teori ved Bratholm/Matningsdal, Straffeloven med kom. S.710-711. Videre uttaler Kjæremålsutvalget at det ikke finner det nødvendig å ta et bestemt standpunkt til om kjennelsesgrunnene er så mangelfulle på dette punkt at det må føre til opphevelse, da kjennelsen må oppheves av andre grunner. ” Grunnlaget for den forlengede fengslingen er straffeprosessloven § 172. Det følger av rettspraksis at det ved vurderingen

etter denne bestemmelsen særlig skal legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom mistenkte er på frifot.

Bestemmelsen skal anvendes med stor varsomhet, og det må ved vurderingen foretas "en bred helhetsvurdering hvor blant annet de samfunnsmessige behov og rettshåndhevelsessensyn som har begrunnet bestemmelsen, vurderes", jf. Rt-2003-1486 (Nr. 6. i oppgaven, s.40). Lagmannsretten har ikke uttalt seg om dette vilkåret. Det er da ikke mulig for utvalget å vurdere om lagmannsretten har forstått straffeprosessloven § 172 korrekt, og kjennelsen må oppheves."

En befinner seg her i "kjerneområdet" for bestemmelsen, men det er bare å konstatere at det ikke var nok til å få gjennomslag for fortsatt varetektsfengsling, det var andre momenter som ble utslagsgivende.

Nr. 12. Rt.2006 s.1621. Saken gjaldt løslatelse av en varetektsfengslet som var siktet for grov korrupsjon etter strl. § 276 b. med fengslingshjemmel i strpl. § 172.

Kjæremålsutvalget kom til at løslatelse ikke var feil. Strpl. § 172 burde ikke gis omfattende anvendelse ved fengsling for grov korrupsjon og løslatelse var ikke "egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse" på bakgrunn av saken medieomtale.

Selv om grov korrupsjon har en strafferamme på 10 år ligger ikke forbrytelsen i "kjerneområdet" for strpl. § 172.

Nr. 13. Rt.2007 s.742. Saken gjaldt fortsatt varetektsfengsling i medhold av strpl. § 172.

Siktelsen gjaldt overtredelse av strl. § 233. Politiet begjærte forlenget fengsling, men fikk ikke medhold i tingretten som avsa kjennelse med løslatelse for siktede. Påtalemyndigheten påkjærte kjennelsen til lagmannsretten som godtok fortsatt fengsling. Siktede påkjærte kjennelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg som opphevet kjennelsen.

Hensynet til allmennhetens rettsfølelse ble bare berørt i de påkjærende parters anførsler. Kjæremålsutvalget la hovedvekten på at hovedforhandling ikke var berammet og at forholdsmessigheten ved varetektsfengslingen måtte vurderes i relasjon til strpl. § 170a. Dette måtte også vurderes etter EMK art. 5 nr. 3. Det var ikke nok slik lagmannsretten

hadde gjort, bare å ta stilling til om det var uforholdsmessig med 8 ukers varetektsfengsling.

Løslatelsen ble opprettholdt, og saken ble ikke vurdert i forhold til strpl. § 172 og at siktelsen lå innenfor bestemmelsen kjerneområde.

Nr. 14. Rt.2008 s.276. Saken gjaldt fortsatt varetektsfengsling etter § 172. siktelsen gjaldt strl. § 233 1.ledd, § 257, jfr.§ 258, strl.§ 227 første straffalternativ, vegtrafikkloven³² §31 første til tredje ledd, jf. § 22 første ledd og legemiddeloven § 31 annet ledd, jf. § 24 første ledd.

Han ble først varetektsfengslet i 4 uker i tingretten på grunn av bevisforspillelsesfare etter str. § 171, 1.ledd nr.2. Da politiet begjæret fengsling i nye 4 uker i medhold av strpl. § 171, 1.ledd nr. 3 , avsa tingretten kjennelse med løslatelse da den ikke fant at det forelå gjentakelsesfare. Påtalemyndigheten anket til lagmannsretten som fant at vilkårene for varetektsfengsling etter strpl.§ 172 var oppfylt. Siktede anket fengslingskjennelsen så til Høyesterett som uttaler følgende ved å sitere fra lagmannsrettens begrunnelse for fengsling etter strpl. § 172 : ” Lagmannsretten er kommet til at vilkårene for varetektsfengsling i medhold av strpl. § 172 er til stede. Siktelsens post I omhandler forhold som kan medføre straff av fengsel i mer enn 10 år. Det er etter lagmannsrettens syn, selv uten tilståelse, forhold i saken som ’i særlig grad styrker mistanken’. Det gjelder de objektive vilkår; at siktede faktisk er forøver og at handlingen rammes av beskrivelsen av straffeloven § 233, samt de subjektive straffbarhetsvilkår. Det er i sakens dokumenter intet som peker i retning av en annen mulig gjerningsperson. I den konkrete mistankevurderingen inngår også de uttalelser siktede selv kommer med i løpet av den aktuelle natten, både til politiet, alarmsentralen og ambulansepersonell. Lagmannsretten viser også til omfanget av de skader som ble påført fornærmede; dette fremstår som resultat av gjentatt voldsutøvelse – ikke enkeltstående kortvarig handling.”

Deretter uttaler Høyesterett: ” Det fremgår av straffeprosessloven § 172 at anvendelsen av bestemmelsen ikke utelukkende skal baseres på en kvalifisert mistankekonstatering. I

³² Vegtrafikklov av 18.06.1965 nr.4

vurderingen skal det - ifølge bestemmelsen- legges særlig vekt på ” om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot.”

Det fremgår ikke av lagmannsrettens kjennelse at retten har foretatt en slik helhetsvurdering som bestemmelsen legger opp til. Når dette ikke er skjedd, er det ikke mulig for utvalget å prøve lagmannsrettens forståelse av straffeprosessloven § 172, kjennelsen må derfor bli å oppheve.”

Ved å lese lagmannsretten kjennelse LF-2008-2880, blir det litt uforståelig at Høyesterett opphevet denne kjennelsen, siktelsen skulle jo ligge godt i ”kjerneområdet” for strpl. § 172. Lagmannsretten har også drøftet både hvorvidt det ville støte allmennhetens rettsfølelse og om løslatelsen ville være egnet til skape frykt i nærmiljøet.

Det er nå gjennomgått 14 kjennelser.

I åtte tilfeller ble det ikke gitt medhold i fortsatt varetektsfengsling, i de seks andre ble fengslingen opprettholdt/fornytt.

Slik det er vist til ovenfor i oppgaven, ligger siktelser for grove narkotikalovbrudd i utgangspunktet utenfor ”kjerneområdet” for strpl. § 172.

Av de seks tilfellene der det ble gitt medhold i fortsatt varetektsfengsling gjaldt fire av dem siktelse etter strl. § 162 grov narkotikaforbrytelse, og en etter strl. § 153 forgiftning (metanol) og en for drap etter strl. § 233.

I de åtte tilfellene der begjæring om fortsatt fengsling ikke ble tatt til følge eller kjæremålet/anken ble forkastet, lå seks av siktelsene innenfor ”kjerneområdet”. De to resterende der en ikke fikk medhold i begjæring om fortsatt fengsling, gjaldt den ene saken grov korrupsjon (Nr. 12 i oppgaven, side 45), noe som ble antatt å ligge langt utenfor ”kjerneområdet”. Den siste gjaldt riktignok grov narkotikaforbrytelse (Nr. 5 i oppgaven side 40), men her ble begjæringen om fortsatt fengsling avslått under dissens.

Alt i alt tyder dette på at terskelen for å godta fengsling etter strpl. § 172 i narkotikasaker er senket, så også Jebens.³³

³³ Jebens, Sverre Erik. Menneskerettigheter i straffeprosessen. Oslo: 2004. s.179

Selv om utvalget av kjennelser er lite og derfor ikke gir grunnlag for et signifikant statistisk resultat, gir det allikevel en viss informasjon om hvorledes rettspraksis forholder seg til strpl. § 172. Dette viser at selv for tilfeller som ligger godt innenfor ”kjerneområdet” er fortsatt varetektsfengsling ikke på noen måte ”obligatorisk”. Slik det er uttalt i de to sentrale avgjørelsene som er nevnt i Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) (endningslov) Rt. 2002 s.315 og Rt.2002 s. 842 sier Høyesterett at det bør utvises stor varsomhet ved anvendelse av strpl. § 172 og videre uttales det i Rt. 2003 s.974 at : ”Det følger av kjæremålsutvalgets praksis at det ved fengsling i medhold av § 172 ikke er tilstrekkelig at grunnvilkårene for fengsling er oppfylt, at tiltalen gjelder en alvorlig forbrytelse, og at det må påregnes en lengre ubetinget fengselsstraff. En bred helhetsvurdering må anlegges og i denne må inngå de samfunnsmessige behov og rettshåndhevelsessyn som har begrunnet bestemmelsen. Det må angis hvilke konkrete omstendigheter som har betydning. Videre må bestemmelsen tolkes i lys av bestemmelsene i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Kjæremålsutvalget har i en rekke saker understreket at EMK tilsier at straffeprosessloven § 172 må anvendes med stor varsomhet, jf. Rt-2002-842 med videre henvisninger. I tillegg til at behovet for å anvende bestemmelsen vil variere med de ulike lovbruddskategoriene, jf. blant annet Rt-2002-315, er det fremhevet at behovet vil kunne avta når det er gått en viss tid siden lovbruddet, jf. også her Rt-2002-842 med videre henvisninger”.

Uttrykket ” allmennhetens rettsfølelse” ser ikke ut til å være nevneverdig vektlagt eller særlig utslagsgivende i noen av avgjørelsene. Det blir riktignok vist til det, men det får ingen selvstendig relevans. Dette stemmer for såvidt også med forarbeidene og uttalelser i Ot.prp.nr.62 (2002-2003) om at uttrykket og lovendringen er ment å være ”pedagogisk begrunnet”.

Ved vurderingen av dette ser det ut til at selv om uttrykket nå er kommet inn i loven og en derfor skulle tro at det ville styrke anvendelsen av strpl. § 172 når det gjelder rettshåndhevelse, viser det heller en motsatt trend. Det blir i større grad vist til ”varsomhet” ved bruk av § 172.

Selv om siktelsen ligger i ”kjerneområdet” for anvendelsen av § 172, er tidsperspektivet av stor betydning. Hvis det har gått lang tid fra førstegangs fengsling er det vanskeligere å få gjennomslag for fortsatt fengsling, denne avveiningen er relevant i forhold til EMK art. 5 nr.3.

”Kjerneområdet” for bruk av bestemmelsen kan i noen tilfeller se ut til å ha forskjøvet seg (se bl.a.kjennelse Nr.8 i oppgaven, side 42), men Høyesterett ser ikke ut til å være helt entydig her.

Rettsåndhevelsessensyn med vekt på ”allmennhetens rettsfølelse” kan bare begrunnes der det er foretatt en bred vurdering og der det er utvist stor varsomhet fra rettsanvenderens side.

Avslutningsvis kan det være fristende å mene at uttrykket ”allmennhetens rettsfølelse” bare er tatt inn i bestemmelsen for å tilgodese et ønske fra politikerhold.

5 Litteraturliste

5.1 Litteratur

Andenæs, Johs. og Tor-Geir Myhrer. Norsk straffeprosess. 4.utg. Oslo, 2009.

Bjerke, Hans Kristian. Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler. 2.utg. Oslo, 1986.

Boe, Erik. Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære. Oslo, 1996.

Bratholm, Anders. Pågrepelse og varetektsfengsel. Oslo, 1957.

Ertzeid, Aina Mee. Hevn og straff. Studier av hevners strafferettslige legitimitet. Bergen, 2005.

Gisle, Jon. Jusleksikon. 3.utg. Oslo, 2007.

Fleischer, Carl August. Rettskilder og juridisk metode. Oslo, 1998.

Fredriksen, Steinar. Innføring i straffeprosess. Oslo, 2009.

Jebens, Sverre Erik. Menneskerettigheter i straffeprosessen. Oslo, 2004.

Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo, 2002.

Aall, Jørgen. Rettergang og menneskerettigheter. Bergen, 1995.

5.2 Artikler

Andersen, Kjell V. Om varetektsfengsling og uforholdsmessige inngrep.

I: Lov og rett 1984 s.79. Lovdata.

Bratholm, Anders. Tvangsmidler i straffeprosessen.

I: Jussens venner 1969 s. 321. Lovdata.

5.3 Forarbeider

NOU 1980 : 28

Ot.prp.nr.53. (1983-1984) Ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven.

Dok.nr.8: 18 (1998-1999)

Ot.prp.nr.81 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling m.v.)

Innst.O.nr.45 (2000-2001). Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling m.v.)

Ot.prp.nr.62 (2002-2003) (endringslov) Straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)

5.4 Lovregister

Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814

Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10.

Lov om skytevåpen og ammunisjon m.v. av 9. juni 1961 nr 1.

Vegtrafikkloven av 18. juni 1965 nr 4.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr 25.

Lov om legemidler m.v. av 4. desember 1992 nr 132.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
21. mai 1999 nr 30.

Europeiske menneskerettskonvensjon – EMK 21. mai 1999 nr 30.

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. 21. mai 1999 nr 30.

5.5 Rettspraksis

Rt.1964 s.1420

Rt.1978 s. 880

Rt.1989 s.186

Rt.1992 s.423

Rt.1993 s.1302

Rt.1997 s.1902

Rt.1998 s.1292

Rt.1999 s.698

Rt.1999 s.1030

Rt.1000 s.2002

Rt.1999 s.2102

Rt.2001 s.280

Rt.2001 s.290

Rt.2001 s.940

Rt.2001 s.977

Rt.2002 s.252

Rt.2002 s.315

Rt.2002 s.634

Rt.2002 s.842

Rt.2002 s.1016

Rt.2003 s.974

Rt.2003 s.1486

Rt.2004 s.74

Rt.2004 s.88

Rt.2004 s.354

Rt.2004 s.1216

Rt.2005 s.1003

Rt.2005 s.1167

Rt.2005 s.1656

Rt.2006 s.149

Rt.2006 s.233

Rt.2006 s.1621

Rt.2007 s.742

Rt.2008 s.276

Rt.2009 s.829

LB-2001-2109 M/04

LF-2008-28801

Wemhoff vs. Østerrike A 7 (1968)

Hauschildt vs. Danmark A 154 (1989)

5.6 Rundskriv

Justisdepartementet. Rundskriv G – 140/ 89. 25. september 1989

Riksadvokaten. Rundskriv RA-2006-4. Varetekt 2007-02-09

